



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

TESINA DE MASTER
Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

EL DEBER DE PROGRESIVIDAD COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Autora
LINA VICTORIA PARRA CORTÉS

Director
Dr. Francisco Javier Ansuátegui Roig

Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas".
Getafe – Septiembre 2012

AGRADECIMIENTOS

Estas breves palabras para agradecer la gentileza y paciencia de mi director de tesina,
Dr. Francisco Javier Ansuátegui.

También es oportuno agradecer las valiosas orientaciones de mi tutor de primer año,
Dr. Miguel Ángel Ramiro.

Agradezco a mi familia, a la biológica y a la migratoria, y a mi compañero de vida, que
a la distancia siempre me envían su cariño.

Y por supuesto, a las y los contribuyentes colombianos, quienes a través de Colciencias
patrocinan a esta emisaria.

EL DEBER DE PROGRESIVIDAD COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Índice

Contenido	Pág.
INTRODUCCIÓN	3
Capítulo Primero	5
LOS DERECHOS SOCIALES SON DERECHOS FUNDAMENTALES	
1.1. Aproximación al fundamento y concepto de los derechos fundamentales	8
1.1.1. <u>Tipos de fundamentación de los derechos fundamentales</u>	10
1.1.2. <u>Perspectiva escogida</u>	16
<i>a. Referencia a los valores fundantes</i>	19
<i>b. Referencia a la fundamentación basada en necesidades</i>	35
1.1.3. <u>Concepto de derechos fundamentales</u>	37
1.2. El Estado de Derecho como requisito indispensable de los derechos sociales	40
1.3. Derechos sociales	45
1.3.1. <u>Argumentos adversos a su naturaleza jurídica de derechos fundamentales</u>	54
1.3.2. <u>Argumentos favorables a su naturaleza jurídica de derechos fundamentales</u>	58
1.4. Conclusiones	68
Capítulo Segundo	
JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y GARANTÍAS	72
2.1 Garantías de los derechos fundamentales	73
2.1.1 <u>Concepto de Garantía y tipologías</u>	75
<i>a. Tipología(s) de Luigi Ferrajoli</i>	76
<i>b. Tipología de Gregorio Peces-Barba</i>	82
<i>c. Tipología de Gerardo Pisarello</i>	84

2.2 Exigibilidad y Justiciabilidad de los derechos sociales	89
2.3 Justiciabilidad en sede internacional	100
2.3.1 <u>Obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional</u>	101
a. <i>Esquema de Tara Melish</i>	102
b. <i>Esquema de Asbjorn Eide – 1983</i>	103
c. <i>Esquema de Asbjorn Eide - 1987</i>	105
d. <i>Esquema de Henry Shue</i>	107
e. <i>Esquema de Víctor Abramovich y Christian Courtis</i>	110
2.3.2 <u>Sistema Universal de protección de derechos humanos (Garantías jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales)</u>	112
2.3 Conclusiones	125
 Capítulo Tercero	
DEBER DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD	128
3.1 Deber de progresividad	128
3.2 Prohibición de Regresividad	132
3.3 Justiciabilidad del deber de progresividad y de la prohibición de regresividad	135
3.3.1 <u>Panorama general de la práctica de la revisión judicial en cuanto a derechos sociales</u>	137
3.3.2 <u>Exigibilidad del deber de progresividad e indicadores de derechos humanos</u>	146
3.3.3 <u>Justiciabilidad de la prohibición de regresividad y test de razonabilidad</u>	151
3.4 Conclusiones	154
CONCLUSIONES GENERALES	159
BIBLIOGRAFÍA	164
ANEXO 1 – Esquema Naciones Unidas	172
ANEXO 2 - Test escalonado de constitucionalidad	173

INTRODUCCIÓN

Debo confesar que en el curso de redacción del presente trabajo, una noche encontré una canción que describe lo que siento al hablar de la justiciabilidad de los derechos sociales, pues al encontrar lecturas en las que se plasmaban posturas a favor de los derechos sociales, en respuesta a las tradicionales posturas hostiles, el haber escuchado el: "Por mucho que a algunos pese los tiempos están cambiando: están cambiando los tiempos, ¡agárrense que aquí vamos!" de Luis Pastor, me dio esperanza en el Derecho, pues los enfrentamientos teóricos no son más que una muestra de que existe un cambio de paradigma en la teoría general del Derecho y de los derechos fundamentales.

Así, es preferible asumir una postura teórica positiva, o no pesimista si se prefiere, para abordar el tema, pues así como en 1977, (hace ya 35 años), Luis Pastor gritaba "*Están cambiando los tiempos*", y España abandonaba la senda de la dictadura para empezar a caminar nuevamente en la democracia, hoy en 2012, y con un panorama tan convulso y confuso se requieren nuevos gritos de llamado a la coherencia y la esperanza desde todas las disciplinas sociales.

Por tal razón, abordar en una tesina un tema tan poco pacífico como la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales tiene que ser fiel a ese ¡agárrense que aquí vamos!, para continuar con ese impulso emancipador de los derechos fundamentales y los movimientos sociales, pero hacerlo de manera organizada y coherente.

Así, se buscará analizar el tema de la exigibilidad en sede judicial de los derechos sociales realizando un recorrido desde la fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos sociales (capítulo primero), pasando por el cambio de concepción teórico necesario para entender la naturaleza jurídica de los derechos sociales, es decir, la separación conceptual de los derechos y las garantías (capítulo segundo), para llegar a uno de los elementos característicos de esta clase de derechos: la progresividad y no regresividad, como pieza clave de las garantías y exigibilidad de aquellos (capítulo tercero).

Se realiza un recorrido lo más amplio posible a través de las dimensiones nacional e

internacional de los derechos sociales, para entender la interrelación que existe entre la práctica nacional y la forma en que el derecho internacional puede brindar apoyo a la realización de estos derechos, teniendo presentes las limitaciones del mismo, pues no son los mecanismos ideales y perfectos que se piensa comúnmente, para la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Así pues, se deja en manos de los lectores y las lectoras, el fruto del trabajo de quien hoy escribe, intentando plasmar una inmersión en aguas profundas en lo que respecta al tema de los derechos sociales, como clase muy especial de los derechos fundamentales, y que constituye uno de los objetivos de mi interés académico, para intentar entender en mejor forma el mundo en el que vivimos.

Capítulo Primero

LOS DERECHOS SOCIALES SON DERECHOS FUNDAMENTALES

Conviene empezar este trabajo con la indicación de que se opta por la denominación *derechos fundamentales*, sin excluir la posibilidad de utilizar la expresión *derechos humanos* en páginas posteriores. Esto debido a que se parte de una concepción de los derechos dando importancia a su ámbito geográfico, es decir, del tipo de norma jurídica en que fueron positivados y en qué entidades se puede ubicar sus mecanismos de última protección. En ese orden de ideas, se entenderá que los derechos fundamentales son aquellos que se circunscriben al ámbito nacional de un Estado, mientras que los derechos humanos lo serán en ámbitos comunitarios e internacionales – sistemas de protección regional o universal –.

Autoras y autores como María Eugenia Rodríguez Palop y Joaquín Rodríguez-Toubes, optan por el término *derechos humanos* debido a que asumen la opción convencionalista y no la esencialista¹, es decir, usan la expresión *derechos humanos* por ser un término tradicional y expresivo², y según una concepción común de acuerdo con la cual, estos son "(...) las garantías individuales básicas cuyo respeto las personas están legitimadas para demandar de otras personas y entidades, principalmente aquellas instaladas en labores de gobierno."³ Si bien estoy de acuerdo con esta utilización de la denominación *derechos humanos* y las razones subyacentes – de hecho considero que la emotividad del término puede ser usada como una ventaja para su protección –, no se puede negar la razón que le asiste al profesor Gregorio Peces-Barba⁴, cuando advierte las diversas connotaciones filosóficas de la utilización de uno u otro término.

Así, explica que este puede ser usado para expresar dos cosas diferentes: (1) "... una

¹ María Eugenia Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 160. La autora indica que dentro de esta postura se puede ubicar también a Manuel Atienza. Por su parte, Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995, explica desde el principio de su obra que opta por la postura de derechos humanos, en el sentido de derechos morales.

² Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos*. Op. Cit., p. 27

³ Íd. p. 24.

⁴ Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999, p. 21 y ss.

pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna.⁵” y (2) “... un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica...”⁶. Por esta razón, y dada la ambigüedad a que puede conducir el término, además la carga emotiva del mismo, el profesor Peces-Barba prefiere utilizar la expresión *derechos fundamentales*, pues así se puede dar cuenta de las dos dimensiones, jurídica y moral, de estos derechos – y evitar caer en los reduccionismo iusnaturalista o positivista⁷.

En todo caso, cuando se utilice en este documento la expresión *derechos humanos*, se hará en el sentido de derechos positivados de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, pues no es objetivo de la presente investigación ahondar sobre los derechos sociales como pretensiones morales sin juridificar, pero como se indicó antes, se requerirá ocasionalmente diferenciar y/o resaltar el ámbito geográfico y de competencias.

Solo resta agregar en este punto, que la expresión derechos fundamentales se entenderá además en su dimensión de principales o de jurídicamente superiores, y no en el literal que pueden tener en constituciones políticas como la colombiana o la española, viciadas con la trampa de haber establecido garantías jurisdiccionales plenas solo para un catálogo limitado de derechos fundamentales⁸.

Ahora bien, aunque a algunas personas nos resulte casi obvio afirmar que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales (y sospechoso pensar lo contrario), para otras no lo es. Por tal razón, no es posible iniciar un trabajo que busca poner de manifiesto cómo es posible realizar y asegurar el cumplimiento de estos derechos, aun cuando sea por vía jurisdiccional, sin antes detenerse a indicar cuáles son las razones que

⁵ Íd. p. 23

⁶ Íd. p. 24

⁷ Íd. p. 37

⁸ Lo que no implica que los derechos fuera de ese catalogo no gocen de protección jurisdiccional como se verá más adelante; además, esta técnica jurídica de exclusión ha supuesto a los Tribunales Constitucionales acudir a la fundamentación de los derechos, precisamente para descubrir y defender la verdadera naturaleza de derechos subjetivos de algunos derechos, tal es el caso de la Corte Constitucional de Colombia con el derecho a la salud, que inicialmente no era fundamental y solo era posible buscar su protección a través de su conexión con el derecho a la vida.

Se puede encontrar mayor información sobre el Tribunal Constitucional español y el posible camino de salida de este escollo en: Gerardo Pisarello; Aniza García Morales y Amaya Olivas Díaz, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009, p. 35 a 78.

soportan dicha afirmación, y que consecuentemente, permiten cimentar una teoría general de los derechos sociales.

En el capítulo que a continuación se presenta, se busca reflexionar sobre algunos aspectos relacionados con la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, para evidenciar si se trata o no de verdaderos derechos fundamentales. Dicho esfuerzo implica revisar algunas posturas de fundamentación, para así poder optar conscientemente por alguna o algunas de ellas, y realizar de manera coherente la construcción teórica que se pretende con este escrito.

Puede parecer que se realiza un esfuerzo ingente para obtener resultados estériles, pues aún hoy en día no existe acuerdo sobre el fundamento de los derechos, es decir, sobre el “por qué existen los derechos fundamentales” o en palabras de Joaquín Rodríguez-Toubes, cuáles son “sus raíces últimas”⁹, pero ello no es así, pues la reflexión filosófica ha demostrado tener un fuerte impacto social y ser un, nada despreciable, motor de cambios (aunque se le suele confundir con su prima, la ideología, que ha sido fuente de movimientos reaccionarios).

Una vez abordado este punto, se procederá a revisar el concepto de derechos sociales e identificar algunos de sus rasgos determinantes. Luego de realizar la anterior labor, es procedente abordar los argumentos de tres posturas existentes para dar respuesta a la pregunta de si los derechos sociales son o no verdaderos derechos fundamentales. La primera de ellas niega que lo sean, la segunda acepta que son derechos fundamentales pero matiza su postura, indicando por ejemplo, que solo un puñado de prestaciones relacionadas (o núcleo mínimo) está bien definido y entonces estas serían las exigibles. La última postura acepta plenamente que son derechos fundamentales.

Se hará entonces un repaso de los argumentos utilizados para negar dicha naturaleza, lo que permitirá evidenciar sus errores y hablar a favor de los derechos sociales, y se abordará de manera sucinta la segunda postura que dice reconocer la verdadera naturaleza de estos derechos, poniendo de manifiesto sus buenas intenciones pero también sus errores lógicos que conllevan a anular su argumentación favorable. Finalmente, y aprovechando los errores

⁹ Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos*, Op. Cit., p. 34

conceptuales de las dos posturas previas, se presentará la argumentación plenamente favorable a los derechos sociales.

Por último, se revisará una condición *sine qua non* para que los derechos existan, pues los derechos económicos, sociales y culturales solo serán posibles en un ambiente favorable, esto quiere decir, en un tipo de Estado que les permita desarrollarse, teniendo en cuenta por ejemplo que Estados como el liberal, han demostrado ser hostiles a los derechos sociales, y son proclives a profundas desigualdades económicas y sociales, y que aún en Estados que se autodenominan “sociales”, la negligencia política ha traído el mismo resultado.

1.1 Aproximación al fundamento y concepto de los derechos fundamentales

El tema de la fundamentación de los derechos fundamentales no supone una novedad temática en trabajos como el presente, sin embargo, se requiere dar cuando menos un repaso a algunas de las posturas sobre el tema, pues ello permitirá a la postre adoptar una definición consistente del concepto “derechos sociales”.

En ese orden de ideas, vale la pena iniciar este acápite, tomando como punto de partida el conocido planteamiento de Norberto Bobbio de acuerdo con el cual: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”¹⁰. Al hacer esta aseveración Bobbio resta importancia a la fundamentación de los derechos, pero se debe tener en cuenta que ello ocurre por dos razones: la primera, que en cierta medida consideraba suficiente el catálogo de derechos humanos surgido internacionalmente a mediados del siglo XX (Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, Pacto de Derechos Civiles y Políticos 1966, Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966); la segunda, que para él se debe diferenciar el fundamento “de un *derecho que se tiene* o de un *derecho que se debería tener*”¹¹.

Pese a que la postura de Bobbio sea tal vez una de las más comprometidas con la

¹⁰ Norberto Bobbio, “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís, Sistema, Madrid 1991, p. 61.

¹¹ Íd. p. 53.

realización de los derechos, no se puede perder de vista que la fundamentación siempre será importante para la protección de los mismos, no solo para su creación o reivindicación; esto es especialmente visible cuando se requiere dotar de contenido a un derecho, tanto en el plano abstracto como en el concreto-individual. Es por ello que autores como Rafael de Asís han indicado que “la atribución de significado a los derechos va a depender claramente de la posición que se mantenga sobre su concepto y fundamentación”¹²

Para el profesor de Asís, este tema toca directamente con las garantías de los derechos fundamentales y con la interpretación jurídica¹³; en el primer caso, porque dependiendo de la postura asumida puede preferirse unos derechos por sobre otros, esto es lo que suele ocurrir con los de inspiración liberal. En cuanto a la interpretación jurídica indica, que debido a que los derechos fundamentales son criterios de validez material de otras normas jurídicas y del sistema jurídico, su fundamentación repercutirá indirectamente en el sentido y contenido del propio sistema¹⁴. Adicionalmente, los derechos fundamentales por ser normas básicas materiales no tienen un marco normativo de referencia que limite su interpretación, indica el profesor de Asís, que “(...) el intérprete de los derechos, se encuentra básicamente sin ataduras a la hora de atribuir significado al derecho”¹⁵ y que ello es aún más evidente cuando se trata de órganos de cierre.

En adición a lo anterior, la utilidad de la fundamentación de los derechos fundamentales fue recogida por Joaquín Rodríguez-Toubes¹⁶ al recordar las cuatro razones de utilidad expuestas por Gregorio Robles (razones 1 a 4) y agregar dos propias (5 y 6)¹⁷:

1. Razón ética. Es absurdo defender unos valores y no saber por qué.
2. Razón lógica. El fundamento delimita el contenido concreto de los derechos

¹² Rafael de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 17, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2001, p. 10.

¹³ Íd. p. 6 y 7

¹⁴ Íd. p. 9

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Joaquín Rodríguez-Toubes Muñoz, *La razón de los derechos*, Op. Cit., p. 94

¹⁷ Íd. p. 95

fundamentales¹⁸.

3. Razón teórica. Es inaceptable que un teórico presente teorías sin fundamentarlas.

4. Razón pragmática. Para llevar los derechos fundamentales a la práctica se requiere por lo menos tener las ideas claras.

5. El argumento sobre la inutilidad y los riesgos de debatir sobre el fundamento, afecta solo al plano político, no al académico.

6. La reflexión académica repercute sobre la política al reconocer derechos, al protegerlos y sobre el ánimo social. En este punto indica, que esto fue claramente visible con la ilustración y su influencia en la revolución francesa y el consecuente nacimiento de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Solo restaría agregar, que esta influencia de la academia también recae en la formación profesional de los estudiantes de Derecho, que o bien los hará juristas o tecnócratas del Derecho. No sobra advertir el riesgo de ambivalencia de este último punto, pues puede ocurrir que existan filósofos escépticos o que lleven a negar los derechos fundamentales¹⁹.

1.1.1 Tipos de fundamentación de los derechos fundamentales

Para explicar este tema, y debido a la claridad y completitud del trabajo de Joaquín Rodríguez-Toubes en su libro *La razón de los derechos*, adhiero a la enjundiosa clasificación realizada por él, pues aborda perspectivas filosóficas de muy variado corte que dan cuenta del fundamento de los derechos fundamentales – o de su inexistencia –.²⁰

¹⁸ Tal vez se puedan circunscribir aquí las palabras en el mismo sentido del profesor Francisco Javier Ansuátegui, cuando advierte que la realidad jurídica de los derechos fundamentales adquiere sentido cuando la sustenta un *proyecto moral atractivo y justificado*. Francisco Javier Ansuátegui, "Derechos fundamentales y dignidad humana", en *Papeles El Tiempo de los derechos N° 10*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, ed., Madrid, 2011, p. 4.

¹⁹ Joaquín Rodríguez-Toubes, Op. Cit. p. 99. El autor usa el ejemplo de Marx.

²⁰ Se debe advertir que no es el único esquema posible, pues él mismo expone otras posibles clasificaciones dentro de las que destaca cuatro: (a) la de Antonio-Enrique Pérez Luño, quien reconoce cuatro grandes modos de abordar la cuestión: realismo, positivismo, iusnaturalismo y una concepción dualista; (b) la de Antonio Fernández-Galiano, quien habla de las fundamentaciones relativista, axiológica, lógico-sociológica, legalista, e iusnaturalista; (c) la de Eusebio Fernández, quien distingue entre fundamentaciones iusnaturalista, historicista y ética o axiológica; y (d) la de Jerome Shestack, quien distingue cinco fuentes de los derechos humanos (sic): la

Por esta razón, y sin ánimo de duplicar el esfuerzo, ni resumir toda la obra de Rodríguez-Toubes, se reproduce a continuación su esquema gráfico²¹ en la Figura Nº 1, el cual da cuenta del panorama global del tema y permitirá al lector/a hacerse una idea general de la cuestión. Consecuentemente, se realizará una breve explicación de cada ítem, para luego centrarse en la perspectiva escogida para el presente documento.

Se debe iniciar entonces por señalar a grandes rasgos, que el autor reconoce la existencia de dos perspectivas con relación al fundamento de los derechos: una negativa y una positiva. Dentro de la perspectiva *Negativa* a la fundamentación se ubican (1) el pragmatismo político, que niega la fundamentación por considerarla innecesaria²², y (2) el escepticismo, con sus dos vertientes: la conceptual que niega la existencia misma de la fundamentación, y la ética, que niega la posibilidad de conocer la moral ideal que sirve de fundamento a los derechos fundamentales.

En segundo lugar están las perspectivas *Positivas* a la fundamentación, pero estas se dividen según acepten que aquélla se encuentra o no en la moral, entendiendo por esta "(...) aquella que hace referencia a una moral ideal o crítica, y no a una moral convencional ("positiva") o subjetiva (...)"²³. Dentro de las no morales se encuentran la postura *explicativa*, dentro de la que se ubican (1) el realismo empirista, que asume los derechos humanos como derechos aceptados de facto, hallándose entonces el fundamento en hechos psicológicos y, (2) el positivismo, que los concibe como aquellos que son válidos en un sistema jurídico; y una *justificativa*, en la que se encuentra el racionalismo instrumental, que vincula la fundamentación con los fines o interés protegidos (personales o colectivos).

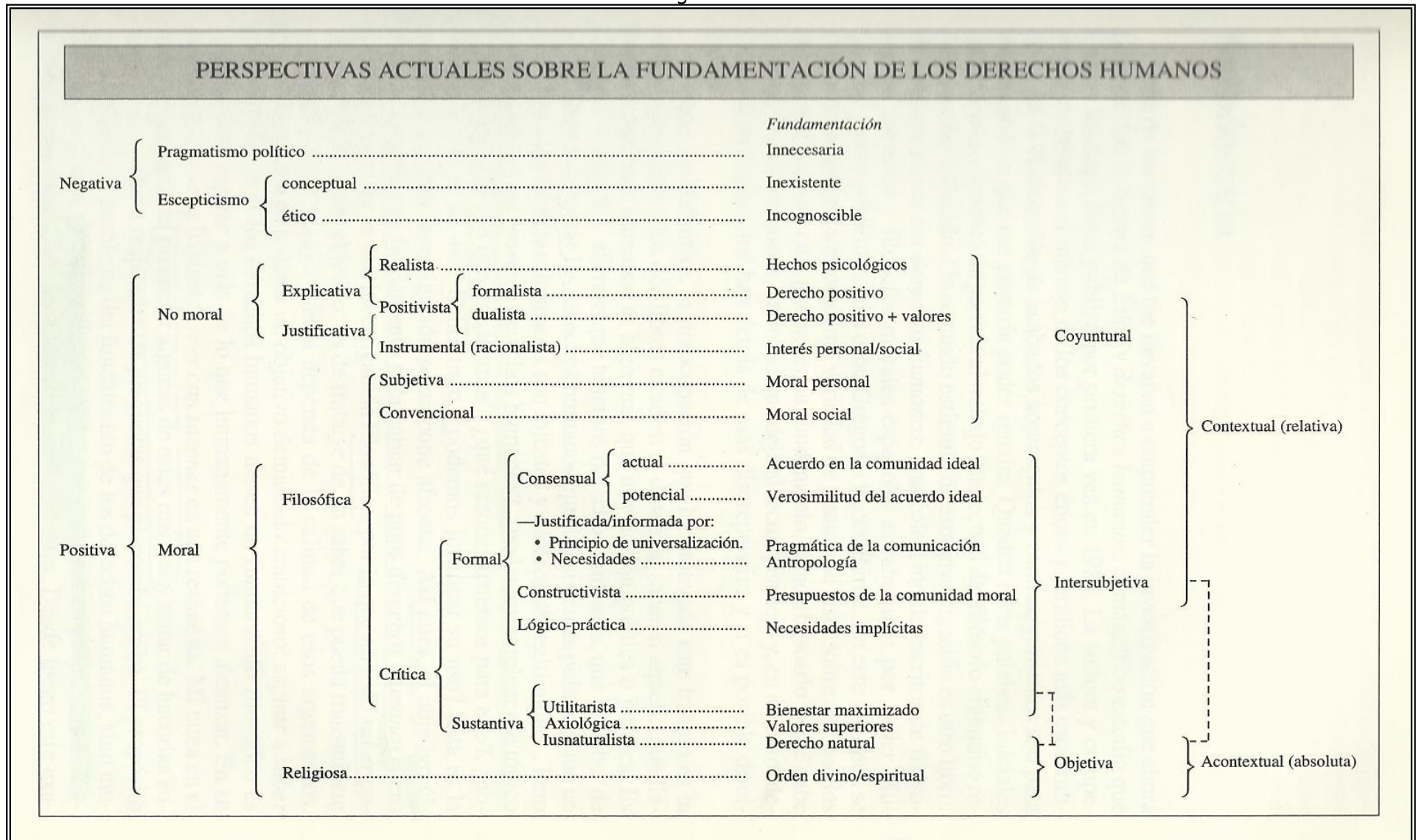
religión, el derecho natural, el positivismo, el marxismo y el enfoque sociológico. Este último autor identifica a su vez siete grupos de teorías modernas sobre los derechos humanos (sic): (1) las basadas en los derechos naturales, (2) las basadas en el valor de la utilidad, (3) las basadas en la justicia, (4) las basadas en una revisión del estado de naturaleza, (5) las basadas en la dignidad, (6) la basada en la igualdad de respeto y consideración y (7) las teorías no desarrolladas o de planteamiento de nuevas generaciones de derechos. Joaquín Rodríguez-Toubes, Op. Cit. p. 128 a 133.

²¹ Íd. p. 9

²² Aquí se podría insertar la postura de Bobbio, que fue expuesta antes brevemente. De acuerdo con esta, existe un consenso más o menos universal sobre los derechos, por lo que no haría falta detenerse en buscar una fundamentación absoluta, sino en la realización de los derechos.

²³ Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 123

Figura N° 1



Fuente: Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, p. 9.

El positivismo a su vez asume dos vertientes, según se acepte la posibilidad de que la moral apareje o no al fundamento en el Derecho positivo: la formalista y la dualista. La formalista no acepta a la moral como fundamento, pues entiende que existe una tajante separación entre Derecho y moral. La perspectiva dualista también sostiene que existe dicha separación, pero no acepta la incomunicación entre Derecho y moral y entiende que esta moral juega un importante papel dentro de la fundamentación de los derechos humanos, pues estos comparten una doble naturaleza: son pretensiones morales que han sido juridificadas. Esto la acerca a las fundamentaciones morales.

Esta postura es la defendida por autores como Rafael de Asís y Gregorio Peces-Barba (en sus primeros trabajos, no en su obra reciente)²⁴, quienes explican que los derechos fundamentales tienen una faceta jurídica y otra moral, constituida por ciertos valores subyacentes.

Mientras que para el profesor de Asís estos serían la dignidad, libertad e igualdad²⁵, para el profesor Peces-Barba sería un conjunto más complejo, pues identifica los derechos fundamentales como: "Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista."²⁶

En cuanto a la faceta jurídica, se pone de manifiesto que los derechos fundamentales son normas jurídicas. Lo anterior supone, como dice el profesor Francisco Javier Ansuátegui, que "(...) solo se puede hablar de derechos, *en el marco de la técnica jurídica*, cuando nos referimos a ciertas realidades juridificadas. Es decir, los derechos son instituciones jurídicas."²⁷ Los derechos fundamentales existirán entonces cuando sean ingresados a un sistema jurídico como normas que satisfacen los criterios de validez formal

²⁴ Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit. p. 11 y 12 y Gregorio Peces-Barba, Curso de derechos fundamentales, Op. Cit. p. 108.

²⁵ Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit., p. 13

²⁶ Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 109.

²⁷ Francisco Javier Ansuátegui, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº2, Dykinson, Madrid, 1997, p. 2.

y material del mismo²⁸. No se debe perder de vista, que los derechos fundamentales a la vez serán los elementos de legitimación de otros elementos del sistema, pues son el subsistema que permite identificar la validez material de las demás normas jurídicas²⁹.

Ahora bien, los trabajos posteriores del profesor Peces-Barba permiten situarlo en una perspectiva denominada trialista o tridimensional, pues además de reconocer que los derechos fundamentales tienen una faceta moral y una jurídica, él incluye un tercer elemento: su eficacia³⁰. Esta hace relación a la posibilidad o imposibilidad de satisfacción y garantía de un derecho. Sostiene el profesor:

“La teoría dualista, tal como la formulé en el capítulo primero de mi libro *Derechos Fundamentales*, que como he dicho, considero hoy incompleto y superado, acabaría en este análisis. Sin embargo, hoy la experiencia la reflexión me han llevado a completarla, extendiendo la positivación a las dimensiones de la eficacia, es decir, al análisis de la realidad, con lo que supone de obstáculos o impedimentos para la implantación real de las pretensiones morales convertidas en Derecho de los derechos humanos. La justicia y la validez necesitan de la eficacia. Es principalmente el tema de la escasez, que repercute en la posibilidad de un contenido igualitario de los derechos y consiguientemente, más en su justicia que en su validez. La escasez afecta a la posibilidad de considerar a la pretensión moral de que se trate como generalizable, es decir, como convertible en ley general.”

Si bien resulta interesante que el profesor Peces-Barba plantee esta característica, es criticable porque justificaría la eterna postergación de los derechos, ya que siempre vivimos en circunstancias de escasez, y por ende, sería una excusa a la acción política. Se debe rescatar sin embargo, que le asistiría razón al profesor en cuanto la eficacia se entienda en términos de racionalidad/irracionalidad, es decir, de la posibilidad lógica (no política) de que puedan cumplirse, por ejemplo, sería irracional abogar por un derecho fundamental a la vida eterna o a no enfermarse nunca. Solo en este contexto sería posible hablar de la eficacia de la pretensión moral juridificada como fundamento. Apartándose del debate

²⁸ Íd., p. 3

²⁹ Íd., p. 4. También ver Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 109 y 110 y, María del Carmen Barranco, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009, p. 9 a 30, la autora habla del efecto irradiación de los derechos por ser normas superiores.

³⁰ Rafael de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p. 12 y 19; Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit. p. 108

dualismo – trialismo, si conviene reconocer que se trata de un asunto que se refiere a la ética de la pretensión moral, por lo que se optará, como lo hace Rafael de Asís³¹, por incluir la eficacia dentro de la faceta moral y proseguir con el análisis presente sobre las diversas posturas de fundamentación de los derechos fundamentales.

Como se observa, la línea entre las fundamentaciones morales y no morales empieza a diluirse con el positivismo. Entonces, es procedente en este punto pasar a indicar las perspectivas morales; dentro de estas se encontrarán la *teológica* (religiosa) que atribuye la razón última de los derechos a razones de orden divino o espiritual, de acuerdo con los cánones de creencia de cada religión, y las *filosóficas*. Estas últimas de tipo (1) formal y (2) sustantivo.

Se tiene a la vez dentro del grupo de posturas *formales* o ético discursivas a la (i) consensual, al (ii) constructivismo ético y (iii) la lógico-práctica. La primera sostiene que la fundamentación se puede hallar en un consenso moral actual (nacido en la comunidad moral ideal) o en uno potencial (que nacerá de la verosimilitud del acuerdo ideal). La segunda, basada en las tesis del profesor Carlos Nino, encuentra el fundamento en los presupuestos de la comunidad moral, es decir, en la fuerza justificatoria de las prácticas sociales, entendiendo que existe una moral positiva a partir de la cual se puede deducir la moral crítica, pues aquella comparte los rasgos esenciales de esta última³².

La última postura de este grupo reconoce el fundamento, en las necesidades implícitas del ser humano, como se verá más adelante, esta postura ofrece solidez a la argumentación moral pero no puede entenderse como único elemento pues no explica el nexo lógico entre los derechos y su razón de ser.³³

Por último se encuentran las posturas *sustantivas*, criticadas por la arbitrariedad en la escogencia de los valores que serían la razón última de los derechos humanos, esta son la (i) utilitarista, (ii) axiológica y (iii) la iusnaturalista. La utilitarista, aunque se debe advertir

³¹ Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit., p. 19 y 20.

³² Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 221 a 236

³³ Íd. p. 152. Una vez expuestas las tesis formales, Joaquín Rodríguez-Toubes, se inclina por una fundamentación ecléctica entre el consensualismo y el constructivismo, blindando su postura con la inclusión de las necesidades humanas y el principio de universalización.

que existen múltiples formas de utilitarismo, parte del principio de utilidad, que supone la maximización del bienestar. No se ahondará en el concepto ni en las críticas que se le han hecho. La axiológica indica que el origen y fundamento de los derechos no es jurídico, sino que es previo a lo jurídico, pues se trata de exigencias imprescindibles para una vida digna. Finalmente, la iusnaturalista sitúa el origen de los derechos humanos en un orden normativo cuya validez es anterior y superior a la del Derecho positivo³⁴, por tal razón, los derechos humanos tienen virtualidad jurídica incluso antes de su reconocimiento positivo³⁵. Queda pues así expuesto en líneas general el panorama de perspectivas de fundamentación de los derechos humanos.

1.1.2 Perspectiva escogida

Antes de presentar al lector/a la perspectiva escogida para enmarcar el presente trabajo, es importante reiterar las advertencias hechas por Joaquín Rodríguez-Toubes, con relación a la influencia que la fundamentación y la historia ejercen sobre el concepto de derechos humanos³⁶ y la imposibilidad de una fundamentación absoluta y unitaria³⁷.

La primera advertencia también es realizada por Rafael de Asís³⁸, quien indica que concepto y fundamento se encuentran estrechamente relacionados entre sí, pues no es posible tomar una postura para justificar sin contar con un concepto previo, y viceversa. Esto debido a que la pregunta sobre cuál es la justificación, o el porqué de los derechos fundamentales, suele ser respondida en función del para qué de los mismos, es decir, de su concepto; así, se encontraría por ejemplo una justificación de los derechos por la función moral que realizan³⁹.

Esto nos conduce a la segunda advertencia, pues diferentes puntos de vista conducirán a diferentes fundamentaciones, es decir, no es posible hallar una

³⁴ Íd. p. 258

³⁵ Íd. p. 259

³⁶ Íd. p. 24

³⁷ Íd. p. 89

³⁸ Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit. p. 5

³⁹ Íd. p. 6

fundamentación absoluta y unitaria, sino fundamentaciones relativas, más aún si se tiene en cuenta que los derechos no son atemporales, sino que están influidos por la historia y la concepción de fundamentalidad ha cambiado de tanto en tanto. Esta imposibilidad es descrita por Joaquín Rodríguez-Toubes a partir de las cuatro dificultades descritas por Norberto Bobbio⁴⁰:

“a) la vaguedad de la expresión “derechos humanos”, que obliga a interpretarla según las ideologías; b) la variabilidad histórica de los derechos humanos, que prueba que no existen derechos fundamentales por su propia naturaleza, sino que son relativos; c) la heterogeneidad de la clase de los derechos humanos, que incluye incluso exigencias incompatibles, las cuales demandan distintos fundamentos; y d) la discrepancia entre los derechos invocados por los mismos sujetos, manifestada en las antinomias que se producen al reclamar la intervención ajena para satisfacer los derechos sociales y al mismo tiempo reclamar la abstención ajena para satisfacer las libertades.”

Lo anterior debe conducir no a un escepticismo total sobre la fundamentación, sino a la consciencia de que es imposible hablar de una fundamentación absoluta para todo tiempo y lugar, pero es posible hablar de fundamentaciones racionales y objetivas, que expliquen por qué existen los derechos fundamentales y para qué han de usarse⁴¹. Resulta esclarecedora en este punto la explicación de Rafael de Asís⁴², quien diferencia fundamento y metafundamento de los derechos, pues lo que se conoce como intentos de fundamentación absoluta, serían más bien el metafundamento de los derechos. Esto porque él entiende que “El metafundamento de los derechos es el ámbito de justificación abstracto, el fundamento por el contrario es el ámbito de justificación concreto”⁴³, y se refiere al ámbito según se haga o no referencia a situaciones espaciales o temporales; si estas no se hacen, estaremos situados frente al metafundamento de los derechos.

Así pues, el metafundamento es identificable por cuanto “(...) intenta construir las

⁴⁰ Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 89

⁴¹ Se debe coincidir en este punto con las conclusiones de Joaquín Rodríguez-Toubes, quien indica que las variaciones de tiempo y lugar de los fenómenos sociales, no impiden la unidad de los valores humanos fundamentales, y la universalidad de unas exigencias éticas básicas. *Id.* p. 76.

⁴² Rafael de Asís, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Op. Cit., p.

24

⁴³ *Ibíd.*

bases justificatorias del discurso de los derechos sin referencia, o si se prefiere con mínimas referencias, a cualquier situación espacial o temporal.”⁴⁴, mientras que el fundamento presentará dichas bases dentro de determinada situación espacial y temporal. Además, el metafundamento está relacionado con el logro de la libertad moral, mientras que el fundamento lo está con el logro de la libertad social.⁴⁵

Hechas las anteriores advertencias, es procedente indicar que en el presente trabajo se opta por una perspectiva de fundamentación ecléctica entre un modelo dualista y uno lógico-práctico, esto implica que la razón última de los derechos fundamentales se encuentra en unos valores humanos básicos y universales, identificables a partir de las necesidades implícitas del ser humano, y que han sido incorporados en un ordenamiento jurídico. Se pensaría que esta postura es contradictoria, pues se sitúa entre una fundamentación no moral – explicativa (positivista - dualista) y una moral – filosófica (crítica – formal), pero debe tenerse en cuenta que al situarse en una fundamentación dualista, se diluye la barrera entre las justificaciones morales y no morales, pues los derechos fundamentales son complejos y no solo son normas jurídicas o solo pretensiones morales, sino ambas, como se explicó antes. Finalmente, se debe tener en cuenta de acuerdo con las advertencias preliminares hechas al principio, que se trata de una postura que asume los valores de una moral intersubjetiva y es contextual o relativa, pues reconoce el papel que ejerce la historia en el moldeamiento de los derechos.

Ahora bien, en lo que atañe al modelo dualista, debe indicarse con relación a la faceta jurídica o positivista, que se opta por la respuesta positivista que “(...) parte de una interpretación de los derechos humanos como derechos morales, [y] estima que no son auténticos derechos hasta que han sido incorporados al Derecho positivo, y sitúa su fundamento en normas morales.”⁴⁶ En cuanto a la faceta ética, se entenderá como explica

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 120. Este autor indica que hay dos posibles respuestas del positivismo a la pregunta por el fundamento de los derechos humanos, la primera sitúa el fundamento de los derechos en el mismo lugar que el fundamento de cualquier otro componente del ordenamiento: en la fuente material del Derecho positivo. La segunda respuesta es la expuesta arriba.

Rafael de Asís⁴⁷, que los derechos son "(...) instrumentos éticos que poseen diferentes proyecciones en la historia pero que parten de una base moral común."⁴⁸. Esta *base moral/común*, o idea de moral, debe entenderse a partir de la "(...) asignación de un igual valor a los seres humanos en cuanto sujetos con capacidad de elección y supone establecer como exigencia de todo el discurso el respeto a la integridad física, a la autonomía individual (integridad moral) y a la satisfacción de necesidades básicas."⁴⁹ Sobre este punto de las necesidades se volverá más adelante, por lo pronto es procedente dedicar una reflexión a los valores de los que tanto se ha dicho constituyen la razón última de los derechos fundamentales.

a. Referencia a los valores fundantes

Estos valores fundantes serían: la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Aunque no se tratarán exhaustivamente estos cuatro valores, pues ello ha sido el propósito de prolijos y más experimentados escritores y escritoras que la autora, sí se mencionarán aspectos relevantes para identificar algunas de sus características. Pero antes de iniciar este apartado, se debe dar respuesta a la crítica de selección arbitraria de valores fundantes que se hace a las posturas de fundamentación morales – filosóficas (en necesidades y axiológicas).

De acuerdo con Joaquín Rodríguez-Toubes⁵⁰, estas posturas presentan dos dificultades: la primera, es que se fundamentan unos valores en una realidad creada y pasada por un tamiz de determinado conjunto de valores y no de otros; la segunda, que esta escogencia no ha pasado el filtro del debate democrático. Estos puntos pueden salvarse si se toma como referente los textos constitucionales, pues en estos se plasma el acuerdo moral del constituyente primario; y en cuanto a la objeción de arbitrariedad en la selección, se puede argumentar, que de algún punto se ha de partir para realizar la

⁴⁷ Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit., p. 24

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ *Íd.* p. 89

⁵⁰ Joaquín Rodríguez-Toubes, *La razón de los derechos*, Op. Cit. p. 193.

reflexión filosófica sobre el origen de los derechos fundamentales, aunque aquél no sea perfecto ni absoluto.

Entrando en materia sobre los valores fundantes, se encuentra en primer lugar la dignidad, que hace referencia a la esencia de los seres humanos, a su valía, que es innata. De acuerdo con Ernesto Garzón Valdés⁵¹, no es una característica accidental, sino una propiedad distintiva atribuida exclusivamente a todo ser humano viviente. Indica este autor adicionalmente que no es un concepto descriptivo, sino adscriptivo, pues predicar la dignidad de alguien implica predicar su humanidad. La dignidad es innegociable, inviolable, irrenunciable, no eliminable, vela todo intento de auto o hetero deshumanización e impone deberes y confiere derechos. Es por ende el enunciado básico de la igualdad de los seres humanos⁵².

Señala Gregorio Peces-Barba precisamente que, "la autonomía moral y su género la dignidad humana son el deber ser básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia, es decir la autonomía política"⁵³, y es tan importante, que constituye el referente moral, político y jurídico del pensamiento actual⁵⁴.

Si bien estas aproximaciones preliminares son necesarias para fijar un andamiaje de construcción conceptual, no se pueden desconocer las dificultades del concepto, tales como su carga emotiva, vaguedad, textura abierta y su utilización demoledora como "superargumento" o "argumento mítico"⁵⁵; además, se debe tener consciencia de sus variaciones históricas, tanto en el entendimiento como en su justificación; por ejemplo, antes del surgimiento del Estado de Derecho se ubicaba la fuente de la dignidad en la posición socioeconómica de las personas, o en orígenes como la divinidad del dios que habría creado a los hombres a su imagen y semejanza (creencias judeo-cristianas), pero con el paso del tiempo la fuente de la dignidad se hace de más difícil identificación, hasta

⁵¹ Ernesto Garzón Valdés, "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", en Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006.

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Gregorio Peces-Barba, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 26, Dykinson, Madrid 2003, p. 67

⁵⁴ *Íd.* p. 66

⁵⁵ Francisco Javier Ansuátegui, "Diritti fondamentali e dignità umana", en *Riviste Ragion Pratica* Nº 38, Giugno, Università di Genova, 2012, p. 15.

vincularse hoy en día con conceptos como la vulnerabilidad y el sufrimiento⁵⁶, o con la autonomía⁵⁷.

Además, aún hoy en día no existe un consenso universal sobre el concepto mismo si se tiene en cuenta la pluralidad de cosmovisiones que conviven en Estados pluriétnicos como los latinoamericanos⁵⁸, y los avances de la ciencia que han puesto contra las cuerdas a los filósofos de la bioética y les lleva a replantearse nociones en apariencia acabadas⁵⁹.

La dignidad será más difícil de enmarcar objetivamente si se tienen en cuenta factores exógenos como la cultura y las diversas circunstancias de tiempo, modo y lugar que pueden darse, es decir, nadie podría haber predicho que existirían casos como el del lanzamiento de enanos, que se encuentra prohibido en Francia y otros países, o como el del artista japonés Mao Sugiyama, quien en mayo de 2012, luego de haberse sometido a extirpación quirúrgica de sus genitales, los subastó, cocinó y sirvió a cinco personas, y este acto no tuvo reproche jurídico por cuanto no existen normas jurídicas que prohíban el canibalismo en Japón⁶⁰.

⁵⁶ Antonio Pelè, "Una aproximación al concepto de dignidad humana", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* N° 1, IDHBC, UC3M, 2004, p. 9 – 13, en: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf (11-06-2012).

⁵⁷ Francisco Javier Ansuátegui, "Derechos fundamentales y dignidad humana", Op. Cit. p. 8.

⁵⁸ La filosofía andina por ejemplo concibe al ser humano no como un sujeto individual sino como uno colectivo, contraviniendo uno de los pilares de la filosofía occidental. Así lo explica Josef Estermann, al indicar que en el saber indígena el ser humano y su identidad se construyen a partir de la relacionalidad de la persona con otras personas y grupos de personas, e inclusive su permanencia en los colectivos de personas, y que su razón de ser se explica en la medida de que cumpla la función que le corresponde, para así mantener el orden cósmico. El ser humano es pues parte de un todo, fuera del cual no existe. Josef Estermann, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Ecuador, 1998, p. 200-206.

⁵⁹ Gilbert Hottois, "Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico", en *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 4, Universidad del Bosque, Bogotá, 2009. En: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=189214316003> (11-06-2012). El autor denuncia precisamente la amplitud y polisemia del término y expone que las conclusiones de varias grandes conferencias que ocurrieron entre 2005 y 2007 sobre el tema, le llevan a cuestionarse la noción tradicional de dignidad. Sostiene el autor que puede identificarse una fractura entre una corriente *fundamentalista metafísica o teológica* que puede asociarse con la noción "tradicional" de la dignidad como aquella que "(...) expresa el valor intrínseco del ser humano, un valor esencial que remite a dios o a la naturaleza, independiente de las voluntades y relaciones humanas, no relativizado por los contextos históricos y culturales (...)" (p. 55) y otra corriente *no fundamentalista*, que se aparta de dicha postura y la denuncia precisamente por el temor a las consecuencias dogmáticas.

⁶⁰ Noticia del 25 de mayo de 2012, tomada del diario hondureño "La Prensa", en: <http://www.laprensa.hn/Secciones-Principales/Mundo/Noticias-insolitas/Un-japones-subasta-y-cocina-sus-genitales-en-un-banquete#.T9jWEdXLLm4> (11-06-2012)

Explica el profesor Francisco Javier Ansuátegui⁶¹ que resulta útil entonces diferenciar dos conceptos de dignidad: el empírico y el inherente. Se entiende que el primero es variable y mutable, por cuanto se relaciona con las acciones y actitudes del ser humano, y con el respeto a sí mismo, mientras que el segundo concepto está referido al valor intrínseco de los seres humanos. Así, la dignidad se predica a partir de cinco rasgos distintivos del ser humano⁶²:

Su capacidad de emitir juicios morales.

Su capacidad para elegir libremente.

Su aptitud para la búsqueda del bien, la virtud y la felicidad.

Su capacidad para construir conceptos generales y razonar.

Su capacidad para reproducir, comunicar y provocar sentimientos.

Ahora bien, la consecuencia de que la dignidad sea un atributo inmanente (o necesario), no contingente, del ser humano es que a todos les corresponda por igual⁶³, y que el ser humano sea considerado un fin en sí mismo, nunca un medio⁶⁴. En ese orden de ideas, se nace con igual dignidad, lo que tiene consecuencias en la vida social. Indica Antonio Pelé⁶⁵ que dicho valor tendría consecuencias en los comportamientos inter-subjetivos, pues nacería un deber de respetar la vida, integridad física, salubridad, libertad y prestigio personal de la(s) otra(s) persona(s), que supondría introducir una forma de regulación social para proteger la dignidad; pero para que aquella tenga sentido, no se puede enmarcar en cualquier discurso.

Explica el profesor Ansuátegui⁶⁶, que la dignidad vinculada a los derechos cobra

⁶¹ Francisco Javier Ansuátegui, "Derechos fundamentales y dignidad humana", Op. Cit., p. 9, 13 y 14.

⁶² Íd. p. 10 y 11. Se debe indicar que no se analizará en este trabajo lo que ocurre con personas que sufren trastornos de la personalidad, tales como la psicopatía, que afectan su capacidad moral, pero no por ello se les priva de dignidad humana.

⁶³ Íd. 13 y 14.

⁶⁴ Esto de acuerdo con el imperativo Kantiano. Íd. p.8 e Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, p. 14, versión de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, en <http://www.bioetica.org/umsa/produccion/kant.pdf> (11-06-2012). Sostiene Kant: "Ahora yo digo que el hombre, y, en general, todo ser racional, existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales."

⁶⁵ Antonio Pelé, "Una aproximación al concepto de dignidad humana", Op. Cit. p. 12

⁶⁶ Francisco Javier Ansuátegui, "Derechos fundamentales y dignidad humana", Op. Cit. p. 9.

sentido en el marco de un discurso antropocéntrico y laico; lo primero, en tanto hemos de situarnos en "(...) una concepción moral protagonizada por el individuo tanto en lo que se refiere a la titularidad de pretensiones morales como en lo que se refiere a la responsabilidad derivada de las decisiones individuales."⁶⁷ Lo segundo, en tanto el fundamento de la dignidad se vincula a discursos no religiosos⁶⁸, y agregaría yo, reitera el carácter no confesional de -al menos- la mayoría de los Estados democráticos actuales, y su compromiso con la dignidad de las personas, sin importar su conjunto de creencias espirituales o su carencia de ellas.

Como se observa, en el presente trabajo se opta por una postura que entiende la dignidad en su dimensión *tradicional* -fundamentalista metafísica si se quiere-⁶⁹, lo que supone entender la dignidad con relación al valor intrínseco del ser humano. Es pues la dignidad lo que explica por qué deben protegerse a través de la técnica jurídica de derechos fundamentales los valores básicos que permiten al ser humano llevar su vida en condiciones aptas.

En cuanto a la libertad, se debe partir de la identificación *a priori* de dos facetas que permiten aproximarse al entendimiento de este valor: la primera es la libertad como no esclavitud, la segunda, la libertad como posibilidad de determinación de la propia conducta. La primera faceta no reviste grandes dificultades en el plano teórico, aunque no debe desconocerse que durante buena parte de la historia de la humanidad la esclavitud fue un sistema legal, pues en la actualidad existe un consenso más o menos amplio sobre el valor absoluto de la libertad e igualdad de las personas y consecuentemente sobre su no mercantilización o instrumentalización (disminución de dignidad).

Aun cuando hoy en día persistan delitos como la trata de personas y el secuestro, es incuestionable que no es admisible jurídicamente un proyecto moral que incluya privar de la igual dignidad a las personas y revivir la esclavitud⁷⁰. En cuanto a la faceta de

⁶⁷ Íd. p. 10

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ De acuerdo con la clasificación hecha por Gilbert Hottois, "Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico", Op. Cit. p. 55.

⁷⁰ Sin embargo basta dar un rápido vistazo a las noticias para encontrarse con que aún persisten algunos problemas culturales como la discriminación en razón a las castas en países con religión hinduista, las

autodeterminación, se entenderá que se trata de la posibilidad de que las personas decidan por sí mismas el rumbo de su vida, es decir, que no estén coaccionadas en la toma de decisiones para llevar a cabo un proyecto de vida.

Precisamente este es el sentido en el que el profesor Gregorio Peces-Barba entiende la libertad, para él es "(...) una condición imprescindible para la acción del hombre en la vida social, a través del Derecho, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son expresión de la dignidad humana, o en todo caso hacer los máximos esfuerzos para ello."⁷¹. Este valor es el eje de la fundamentación de los derechos fundamentales para el profesor Peces-Barba⁷², pues, en su concepto, existen tres modalidades de aplicación de la libertad⁷³: la libertad como no interferencia, entendiendo por esta la autodeterminación sin coacciones; la libertad promocional, pues la existencia de necesidades básicas insatisfechas impide o dificulta el ejercicio de la libertad en el primer sentido; y, la libertad participación, relacionada con la intervención en la política – intervención en la formación de criterios de decisión política, producción normativa y establecimiento de fines y valores de la actividad del Estado.

De esta forma, él vincula las tres modalidades a los derechos fundamentales necesarios para poder ejercer la libertad en estas diferentes facetas⁷⁴. La libertad como no interferencia la vincula a los derechos civiles, la promocional a los derechos sociales, económicos y culturales, y la de participación, a los derechos políticos. Sea quizás esta la razón por la que él entiende este valor como eje de la fundamentación de los derechos fundamentales.

Ahora bien, al hablar de libertad no se puede dejar de hacer mención de tres hitos

prácticas fundamentalistas del islam que niegan autonomía a las mujeres, y la pervivencia de prácticas análogas a la esclavitud, tales como los matrimonios forzosos y tempranos. Para ampliar información sobre este último tema ver la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 1957 de las Naciones Unidas.

⁷¹ Gregorio Peces-Barba y otros., "La libertad social, política y jurídica", en *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Op. Cit., p. 228.

⁷² Se advierte en este punto, que la autora no está de acuerdo con esta afirmación, pues la razón última de los derechos fundamentales sería la dignidad humana, la libertad no sería más que un valor instrumental a esta.

⁷³ Gregorio Peces-Barba y otros., "La libertad social, política y jurídica", Op. Cit. p. 221 y 227.

⁷⁴ Íd. P. 221 y ss.

en el entendimiento de la misma, estos son: John Stuart Mill, Benjamin Constant e Isaiah Berlin. En primer lugar, John Stuart Mill cimenta en 1859 en su ensayo intitulado *"Sobre la libertad"* el entendimiento de la libertad como "derecho defensa", es decir, la protección al individuo de interferencias ilegítimas del poder público, e inclusive de la sociedad, en su vida⁷⁵. En adición, Mill postula el "principio de daño", de acuerdo con el cual, solo es aceptable una interferencia del poder público o de la sociedad en la vida de los individuos si su conducta va a generar daño a un tercero, y además dicha conducta es jurídicamente relevante⁷⁶.

No se ahondará en el presente trabajo en dos consecuencias vitales de dicho principio: el paternalismo jurídico y el *principio de lesividad* del derecho penal⁷⁷; pero se debe decir en este punto, que la libertad como no interferencia indebida es aún una preocupación al hablar de derechos fundamentales, pues como se verá adelante, su malentendimiento ha sido fuente de negación de derechos sociales, y es la bandera de batalla de la corriente libertaria de pensamiento.

El segundo hito es el trabajo de Benjamin Constant⁷⁸, quien en el siglo XIX puso de manifiesto cómo con el paso del tiempo se ha transformado la concepción de la libertad. Él explica que ésta pasó de ser un asunto de dominio en la esfera pública a uno de dominio en la esfera privada, al primero lo llamo *libertad de los antiguos*, al segundo *libertad de los modernos*.

La libertad de los antiguos se centraba en lo público, en la posibilidad de incidir en las decisiones del poder que afectaban la vida de las personas, Constant toma como

⁷⁵ Miguel Carbonell, *La libertad, dilemas, retos y tensiones*, UNAM, México, 2008, p. 17, 18 y 19. Explica el autor que Mill agrega la concepción de derechos defensa incluyendo a la sociedad, pues reconoce que esta puede ser también una opresora de la libertad, y que esta concepción se debe a que el mismo Mill sufrió represalias sociales debido a una relación afectiva que mantuvo con una mujer casada, lo que era muy "mal visto" en la época.

⁷⁶ Íd. p. 21 y ss.

⁷⁷ Íd. p. 23 y 24. Como referencia obligada para ampliar información sobre paternalismo ver Miguel Ángel Ramiro, "A vueltas con el paternalismo jurídico" en *Derechos y Libertades* #15, UC3M, Madrid, 2006; y "A vueltas con el moralismo legal", prólogo a la edición castellana de *Derecho, Libertad y Moralidad* de H.L.A. Hart, Dykinson, Madrid, 2006.

⁷⁸ Benjamin Constant, "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en *El espíritu de conquista*, Tecnos, Madrid, 1988. Tomado de Rafael del Águila, *La democracia en sus textos*, Alianza, Madrid, 1998, pág. 138 a 141 (extracto).

modelo de referencia la antigua Roma para hacer la distinción, indicando que en dicha época el individuo podía participar de todos los asuntos públicos, por ejemplo, deliberar en la plaza pública sobre la paz y la guerra, votar las leyes y examinar las rendiciones de cuentas, era por tanto un “soberano en los negocios públicos” pero su vida privada era sometida a una minuciosa dirección y escrutinio públicos, por lo que no gozaba de autonomía para tomar decisiones sobre su proyecto de vida, sino que estaba bajo “sujeción completa a la autoridad de la multitud”, era por tanto “un esclavo en sus relaciones privadas”.

Ahora bien, para los modernos se invierte el papel y la libertad se concibe como el disfrute sin intervenciones arbitrarias ni injustificadas en la vida privada, pero poca participación en la vida pública. Constant hace un interesante juego de palabras al explicar esta inversión de esferas de libertad entre los antiguos y los modernos, pues indica que aquéllos sacrificaban muy poco para obtener más, pues podían incidir directamente en el manejo de la *res pública*, mientras que los modernos son más adictos a la independencia individual y así sacrifican más para obtener menos⁷⁹. No puedo dejar de pensar cuánta razón le asiste a Constant, pues en la actualidad los postmodernos – para continuar en la línea del autor – no gozamos ya casi de ninguna de las dos esferas, pues lo público en vez de cada ser vez más transparente es cada vez más oculto, la información es más fragmentada y manipulada, y las personas cada vez más legas en el conocimiento de las instituciones, procedimientos y las normas jurídicas, y lo privado es recortado cada vez más, con normas jurídicas poco claras y justificadas *a priori* en la lucha contra el terrorismo o la protección de derechos de autor. Será tal vez por esto que Constant advierte que no se deben incompatibilizar estas dos esferas de libertad y pone de manifiesto la necesidad de enseñar a las personas cómo participar en lo público, atraerlas a participar y darles dicha posibilidad⁸⁰:

⁷⁹ Íd. p. 139

⁸⁰ Para el momento que escribo estas letras solo viene a mí la imagen mental de los grupos de *indignados* y ‘*occupy*’, personas queriendo participar en lo público, y cómo la policía los desaloja violentamente de la plaza pública (Barcelona, Estados Unidos, Canadá).

“La obra del legislador no es completa cuando ha dado solamente tranquilidad a un pueblo: aun estando este contento, falta todavía mucho por hacer. Es necesario que las instituciones acaben la educación moral de los ciudadanos. Respetando sus derechos individuales, manteniendo su independencia, no turbando sus ocupaciones, debe, sin embargo, procurarse que consagren su influencia hacia las cosas públicas; llamarles a que concurran con sus determinaciones y sufragios al ejercicio del poder; garantizarles un derecho de vigilancia por medio de la manifestación de sus opiniones y, formándoles de este modo por la práctica a estas funciones elevadas, darles a un mismo tiempo el deseo y la facultad de poder desempeñarlas.”

El tercer hito es Isaiah Berlin, quien ya entrado el siglo XX introdujo en un sentido similar a Constant la reflexión sobre la libertad como abstención o como no interferencia (del Estado y otros) ó *libertad negativa*, pero su virtud se encuentra en valorizar la *libertad positiva*, es decir, aquella esfera de la libertad que implica una voluntad de actuar en uno u otro sentido autónomamente. Explica Miguel Carbonell⁸¹, que mientras la primera se refiere a la ausencia de obstáculos y se enmarca en la esfera de las acciones, la segunda se circunscribe a la esfera de la voluntad. Se relaciona entonces con la facultad del ser humano de obrar o no, y según su albedrío.

Se debe reconocer a esta postura el aporte conceptual, sin embargo, no se debe perder de vista que Berlin es un liberal en el sentido clásico, por lo que en sus consideraciones no aprueba la intervención estatal, por ejemplo mediante medidas paternalistas, ya que ello, en su concepto, contradice la libertad y consecuentemente la anula.

El pensar la libertad en términos negativos y positivos ha de ser utilizado para propender por una real libertad, ya que no solo basta decir: *Todos nacen libres e iguales ante la Ley*, pues de nada sirve la libertad de elegir un proyecto de vida o tomar unas determinaciones si no existen las condiciones materiales para llevarlas a cabo. Esta libertad sin igualdad, va en abierta contradicción de lo que un Estado y un sistema jurídico modernos deben ser y proteger, pues solamente quienes tuvieran recursos económicos y humanos suficientes en una sociedad, serían quienes podrían gozar irrestrictamente de la

⁸¹ Miguel Carbonell, La libertad, dilemas, retos y tensiones, Op. Cit., p. 55.

libertad.

Es así que el concepto de libertad negativa debe ampliarse y entenderse no solo como la ausencia de barreras, en el sentido de esperar una abstención del Estado, sino también, como la remoción de las barreras que imposibiliten a las personas alcanzar la libertad. El ejemplo de Gerald A. Cohen permite explicar esto de mejor manera, pues él entiende la pobreza como falta de libertad, y sostiene, resumidamente, que la verdadera libertad no consiste en la *no prohibición* legal de subirse a un tren para visitar a la hermana en Bristol, sino en la posibilidad de comprar el boleto de tren y así poder subirse y transportarse a Bristol⁸². A continuación se transcriben las palabras de Cohen:

"To see this, begin by imaging a society without money, in which courses of action available to people, courses they are free to follow without interference, are laid down by the law. The law says what each sort of person, or even each particular person, may and may not do without interference, and each person is issued with a set of tickets detailing what she is allowed to do. So I may have a ticket saying that I am free to plough this piece of land, another one saying that I am free to go to that opera, or to walk across that field, while you have different tickets, with different freedoms inscribed on them.

Imagine, now, that the structure of the options written on the tickets is more complex. Each ticket lays out a disjunction of conjunctions of courses of action that I may perform. I may do A and B and C and D OR B and C and D and E OR E and F and G and A, and so on. If I try to do something not licensed by my tickets or ticket, armed forced intervenes.

By hypothesis, these tickets say what my freedoms (and, consequently, my unfreedoms) are. But a sum of money is nothing but a highly generalized form of such a ticket. A sum of money is a license to perform a disjunction of conjunctions of actions – actions, like, for example, visiting one's sister in Bristol, or taking home, and wearing, the sweater on the counter at Selfridge's.

Suppose that someone is too poor to visit her sister in Bristol. She cannot save, from week to week, enough to buy her way there. Then, as far as her freedom is concerned, this is equivalent to 'trip to Bristol' not being written on someone's ticket in the imagined non-monetary economy. The woman I have described has the capacity to go to Bristol. She can board the underground and approach the barrier which she must cross to reach the train. But she will be physically prevented from passing through it, or physically ejected from the train, or, in the other example, she will be physically stopped outside Selfridge's and the sweater will be removed. The only way that she will not be prevented from getting and using such things is by offering

⁸² Gerald Allan Cohen, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University Press, New York, 1995, p. 58

money for them.”⁸³

Como se observa, no solo es necesario concebir la libertad en su faceta formal, sino también en la material, es decir, en la posibilidad real de poder llevar a cabo una decisión libremente tomada. La situación es más compleja de lo que aquí se plantea, pues no debe descuidarse que habrá proyectos de vida, algunos compatibles otros no tanto, con un modelo republicano, y que no en todos los casos una decisión libremente tomada será lo suficientemente merecedora de protección jurídica.

Es en este punto donde autores como Carlos Nino⁸⁴, ponen de manifiesto las confusiones del liberalismo conservador, que suele llevar hasta los extremos la libertad (lo que lo ha hecho merecedor del título de *libertarianismo*). Esto porque considera toda intervención del Estado como indebida y amputadora de libertades tales como la de empresa. Indica Nino que hay tres confusiones: (1) el orden espontáneo (y natural) del mercado - y la consecuente distorsión en el mercado que genera la intervención estatal- es falso, pues desde siempre el Estado y la Ley están metidos de narices en la protección de la propiedad privada. Estas leyes tienen garantías jurisdiccionales y administrativas (policía) que se financian con dineros públicos. Así que no hay neutralidad completa, ni la intervención estatal es mala para la protección de derechos como la propiedad privada y la libertad. (2) La autonomía personal no solo está compuesta por *condiciones negativas*, o abstenciones de terceros (libertad negativa) como sostienen los libertarios y las violaciones de derechos no son solo producidas por acciones, también las omisiones son fuentes de daño. Por último y en relación con el anterior punto, (3) el liberalismo conservador desconoce que existe una diferencia entre condiciones normativas y condiciones materiales de la libertad, tal como se explicó antes.

Al estar la libertad también compuesta por una faceta positiva, las libertades se limitarían entre sí pues es imposible que prevalezca la voluntad de una sola persona y las demás tengan que abstenerse y no poder realizar la suya; y no se debe perder de vista,

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Carlos Santiago Nino, “Sobre los derechos sociales”, en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, Op. Cit., p. 138 a 142.

que la libertad es un valor que no puede entenderse aisladamente, sino en dependencia y relación lógica con otros valores, por lo que no se le puede disociar de la igualdad, lo que trae como consecuencia, reconocer que la libertad negativa se compone también de prestaciones para remover las barreras que impiden la concreción de los proyectos de vida de las personas.

De acuerdo con los planteamientos de Rodolfo Vázquez⁸⁵, el liberalismo no es homogéneo y se pueden identificar tres vertientes: a) liberalismo conservador, b) liberalismo perfeccionista y c) liberalismo igualitarista. El primero pretende "que la autonomía se distribuya espontáneamente"⁸⁶ y que la autonomía alcanzada por cada persona por sí misma se mantenga inalterada. El segundo sostiene que la "vida autónoma es valiosa si los planes de vida son aceptables y buenos"⁸⁷. El tercero busca maximizar la autonomía personal sin poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos."⁸⁸ De acuerdo con lo anterior, los planteamientos sobre la libertad presentados en el presente trabajo, se pueden ubicar dentro de esta última corriente de pensamiento.

Estas consideraciones son recogidas por varios autores/as que llegan a la conclusión de que la forma de igualar material y formalmente la libertad de todas las personas, es a través de una provisión económica, mínima e incondicional, denominada ingreso básico, renta básica o renta mínima. Dentro de este grupo se puede encontrar, entre otros, a autores como Philippe Van Parijs⁸⁹, Gerardo Pisarello⁹⁰, Ramón Soriano⁹¹. Pese a lo interesante de esta propuesta, no es posible ahondar más en ella en el presente trabajo, *so pena* de desviarse del objetivo de la investigación.

Solo resta indicar en este aparte, y como se esbozó atrás, que los valores no pueden abordarse aisladamente, pues el entendimiento desde posturas extremas de uno

⁸⁵ Rodolfo Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Trotta, 2006, p. 127 y ss.

⁸⁶ Id. p. 127 y 128

⁸⁷ Id. p. 128

⁸⁸ *Ibíd.*

⁸⁹ Philippe Van Parijs, *Libertad real para todos: qué puede justificar al capitalismo (si hay algo que pueda hacerlo)*, Barcelona, Paidós, 1996 y Philippe Van Parijs y Yannick Vanderborght, *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Barcelona, Paidós, 2006.

⁹⁰ Gerardo Pisarello (ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.

⁹¹ Ramón Soriano, *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, España, Almuzara, 2012.

solo de ellos tiene como consecuencia la anulación completa de otro. La historia ya mostró cómo la exacerbación de la libertad condujo a las inequidades del neoliberalismo, y cómo el fanatismo por la igualdad del comunismo elimina la libertad individual y por ende el derecho a disentir. Por ello Rodolfo Vázquez⁹² explica que los valores no existen en tensión, sino que se trata de *estructuras diferentes pero complementarias*. Esto porque la igualdad es un valor adjetivo, por lo que no es valiosa en si misma, sino en la medida que puede adscribirse a otro valor y a su distribución.

Lo mismo ocurre con otros valores, pues no se puede tomar aisladamente la autonomía personal, porque se convertiría en valor agregativo. Esto es, no importa la cantidad de autonomía que efectivamente tenga una persona, siempre y cuando el grupo social en el que se encuentre tenga una gran cantidad de autonomía, situación que aunque podría ser valiosa, no es favorable al individuo ni a las minorías. Explica Rodolfo Vázquez⁹³: "(...) cuanto más autonomía existe en un grupo social, la situación es más valiosa, independientemente de cómo esté distribuida esa autonomía. (...) Por ejemplo, si una élite consigue grados inmensos de autonomía a expensas del sometimiento del resto de la población, este estado de cosas no resulta aceptable desde el punto de vista liberal. Por esta razón, es necesario defender un segundo principio, que limita el de autonomía personal: el principio de dignidad personal." Como se observa, la consideración de la libertad como único valor a defender jurídicamente, no es adecuada⁹⁴.

En cuanto a la igualdad, se encuentra que se trata de uno de los valores fundantes de los derechos fundamentales, por cuanto se trata nuevamente de reconocer la propia naturaleza humana, de acuerdo con la cual, nadie es mejor o más que otro, y pese a la tautología, se reduce en que todos los seres humanos nacen iguales. Esta igualdad debe

⁹² Rodolfo Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Op. Cit. p. 128

⁹³ Id. p. 137

⁹⁴ Precisamente indica Rodolfo Vázquez al referirse al imperativo Kantiano: "Este principio supone que no pueden imponerse privaciones de bienes de una manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra. En este sentido, dicho principio clausura el paso a ciertas versiones utilitaristas, que al preocuparse por la cantidad total de felicidad social desconocen la relevancia moral que tienen la separabilidad e independencia de las personas. Cierra el paso, también, a cualquier expresión colectivista como la representada por los nacionalismos extremos." Rodolfo Vázquez, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Op. Cit. p. 138.

entenderse en cuanto al tratamiento que, en palabras coloquiales, debe dar "la Ley" a todos los seres humanos.

Ahora bien, la forma de abordar las maneras en que dicha igualdad debe ser conseguida ha sido variada, por ejemplo, en cuanto a las desigualdades económicas se encuentran cuando menos cuatro posturas, señaladas por la profesora Silvina Ribotta así⁹⁵: (1) utilitarista o bienestarismo; (2) de bienes sociales (Rawls, Dworkin); (3) de capacidades (Sen), y, (4) de oportunidades para el bienestar (Cohen y Arneson). La cuestión de la igualdad ha sido relacionada con la de distribución y justicia, de allí que las cuatro posturas indicadas escojan una característica sobre la que planteen reside la igualdad. Indica la profesora Silvina Ribotta que "Cada enfoque tiene su propia interpretación de lo que se considera la *igualdad basal*, la igualdad de alguna característica individual que se toma como básica para esa particular concepción de la justicia social"⁹⁶ o en otras palabras, teniendo presente que la igualdad es un valor instrumental, se le ha intentado poner un apellido para entender con relación a qué los seres humanos son iguales.

Entonces, la postura utilitarista o bienestarista entiende que debe lograrse igualdad en la maximización de alguna forma de bienestar, es decir, se prioriza la satisfacción de alguna(s) necesidad(es) social. Se critica esta postura en la medida que no tiene en cuenta las desigualdades de los seres humanos ni sus individualidades, por ello Rawls y Dworkin plantean, con diferencias en sus criterios claro está, la igualdad de bienes para garantizar a las personas el desarrollo de sus fines. Rawls habla de igualdad de bienes sociales (las cosas que quiere todo hombre racional e incluyen derechos, libertades, oportunidades, ingresos y riqueza, y los fundamentos sociales de la propia estima⁹⁷), para explicar que desde una posición originaria, las personas elegirían distribuirlos igualitariamente y escoger determinados principios de justicia para lograr una sociedad justa.

Amartya Sen concibe la igualdad en relación a las capacidades básicas para que las

⁹⁵ Silvina Ribotta, "Igualdad de qué" en *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid, 2010, p. 119 y ss.

⁹⁶ Íd., p. 120

⁹⁷ Amartya Sen, "¿Igualdad de qué?", en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G. Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988, p. 148.

personas puedan hacer o ser lo que elija, pues reconoce que no basta con un reparto igualitario de bienes, si las personas tienen diferentes potencialidades, intereses y límites. Así por ejemplo, parecería ser igualitario el que un padre reparta en partes iguales una herencia a sus hijos, pero si se tiene en cuenta que uno de ellos es discapacitado, la igualdad ya no parece tan igual. En último lugar se encuentran las propuestas de Arneson y Cohen sobre igualdad de oportunidades para el bienestar e igualdad de talentos, respectivamente, de acuerdo con las cuales, la igualdad debe medirse en términos no de la simple repartición matemática, sino de la situación de las personas y sus posibilidades reales de obtener la satisfacción de sus necesidades por sus propios medios y de acuerdo con sus capacidades.

Adicionalmente, se puede mencionar otro enfoque, que se basa en las estrategias de distribución. Este se compone de dos grupos de estrategias, indica la profesora Silvina Ribotta⁹⁸, que "una de ellas argumenta que se debe perseguir la igualdad entre personas diferentes, mientras que la otra se decanta por establecer prioridades para quienes estén peor"⁹⁹. Hubiese sido interesante dedicar más apartados a este tema, pero como se observa, tiene demasiadas aristas como para poder ser desarrollado a plenitud en un trabajo como el actual.

El último valor al que se hará referencia es la solidaridad. El profesor Gregorio Peces-Barba¹⁰⁰ explica, haciendo una analogía de la libertad de los antiguos y de los modernos, que la solidaridad bien puede considerarse como virtud o como valor fundante, siendo en el primer caso solidaridad de los antiguos, o *pietas*, y en el segundo, solidaridad de los modernos. En el primer caso se quedaría en el ámbito privado de las personas y no es, ni podía ser convertido en deber jurídico; en el segundo, como valor público, supone que sí se puede exigir un buen actuar social del ser humano, tomando en cuenta adicionalmente que se trata de un valor instrumental a la igualdad, y no de una cuestión de simple empatía y buen corazón. Dice el profesor Peces-Barba, que la solidaridad es un

⁹⁸ Silvina Ribotta, "Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 265.

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p 261 a 282.

valor relacional, que vivifica y completa la libertad y la igualdad, que tiene su ámbito de acción propio que explica los derechos como por ejemplo el de vivir en un medio ambiente sano, y que explica las actitudes ante los derechos¹⁰¹.

Así, el profesor Peces-Barba, encuentra que el sentido de este valor se encuentra en los siguientes postulados¹⁰²:

1. Es un valor superior que incide en la organización jurídica y política de la sociedad, pues influye en la concepción del otro como 'prójimo' y como parte de la comunidad. En ese orden de ideas, es fundamento de la tolerancia y pluralismo.
2. Reconocimiento de la realidad del otro y asunción de sus problemas no como ajenos, sino solucionables a través de la intervención de los poderes públicos.
3. Contribuye al diálogo pacífico para la construcción colectiva de proyectos morales que deben ser elevados a ley general.
4. Permite entender la dimensión de los deberes jurídicos (propios, de terceros y del Estado) para la realización de los derechos de los demás, inclusive para dejar espacio a que las generaciones futuras puedan gozar de derechos.
5. Es el fundamento de nuevos derechos y permite evidenciar qué colectivos de personas necesitan especial protección.
6. Explica adecuadamente la idea de *humanidad*, con lo que se puede fomentar el diálogo intercultural y superar el eurocentrismo del discurso de los derechos humanos.
7. Es un instrumento clave para la interpretación y aplicación de los derechos. Esto debido a que una interpretación absoluta y egoísta de un derecho interrumpe el ejercicio de otros, por ejemplo, la libertad de expresión por encima de la intimidad de las personas. Un uso solidario de los derechos permite ser más respetuoso de los derechos ajenos.

Es este entonces, el panorama con relación a la fundamentación en valores de los derechos fundamentales. Se mostraron las generalidades del tema, lo que permitió

¹⁰¹ Íd., p. 262

¹⁰² Íd., p 279 a 282

observar que el discurso de los derechos humanos es un discurso sobre la vida buena o al menos en condiciones aceptables que deberían poder llevar a cabo todas las personas. Sin embargo, hace falta un tema importante, que explica precisamente para qué existen los derechos fundamentales, y es el tema de las necesidades humanas, que como se indicó, completa el esquema de fundamentación asumido en el presente trabajo.

b. Referencia a la fundamentación basada en necesidades

En cuanto al modelo lógico-práctico, o fundamentación basada en las necesidades¹⁰³, tema de gran interés si se quiere hablar de una teoría general de los derechos sociales, se debe recordar que los derechos son normas jurídicas establecidas para regular la convivencia humana, y nacen como mecanismos para evitar daños graves a las personas o grupos sociales¹⁰⁴ o realizar valores, tales como la autonomía personal¹⁰⁵.

Existen dos tendencias dentro de esta postura, una que se puede denominar absoluta y otra instrumental. La primera hace referencia a que las necesidades son suficiente fundamento de los derechos; esta tendencia se puede encontrar en el trabajo de autores como González Contró¹⁰⁶. La autora intenta explicar los derechos de los niños desde este punto de vista, y afirma que los derechos encuentran su fundamento en las necesidades básicas humanas, siempre que se reúnan ciertos requisitos:

“(…) parece posible afirmar que las “necesidades básicas” desempeñan un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos en tanto constituyen razones para que su satisfacción sea exigible mediante la imposición de un deber correlativo. Estas necesidades deben reunir varios requisitos: ser traducibles al lenguaje de los derechos, existir la posibilidad de su realización, ser universales, apelar a fines últimos y ser indispensables para la salud física y la autonomía, de tal manera que su no satisfacción tenga

¹⁰³ Sobre las teorías de la necesidad se encuentran trabajos como el de Marx, Agnes Heller, Maslow, Rawls, Dworkin, Sen, Añón y De Lucas, Pérez Luño y hasta el propio Nino que se cita en este documento, entre otros, pero debido a la complejidad y extensión de sus textos no es posible abordarlos todos aquí.

¹⁰⁴ María José Añón y Javier de Lucas, “Necesidades, razones, derechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°7, 1990, p. 57-58 y 70.

¹⁰⁵ Carlos Santiago Nino, “Autonomía y Necesidades Básicas”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 7, 1990, p. 21

¹⁰⁶ Mónica González Contró, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM, México, 2008, p. 105 a 133. La autora menciona varias teorías de las necesidades desde puntos de vista psicológicos, que vale la pena revisar.

como consecuencia un daño grave para el individuo. A pesar de que esta definición nos da una idea bastante cercana al tipo de necesidades a las que se hace referencia cuando se las vincula con los derechos, hace falta mayor explicación; es decir, describir específicamente cuáles son estas necesidades y cuáles exigen incondicionalmente su satisfacción, especialmente en el caso de los niños.”¹⁰⁷

En cuanto a la tendencia instrumental sobre las necesidades como fundamento de los derechos, se debe mencionar, que se trata de poner de manifiesto que si bien las necesidades humanas son relevantes a la hora de fundamentar derechos, no son el único criterio que debe tomarse en cuenta, pues una fundamentación obtenida de esta forma adolece del nexo lógico entre el derecho y las razones por las que ha de satisfacerse, y, de varios problemas relacionados con: la no unicidad en la definición del concepto 'necesidad' y su confusión con otros términos similares como deseos, intereses, etc.¹⁰⁸; también por la dificultad de una fundamentación empírica de las necesidades, y la imposibilidad de catalogar, jerarquizar, delimitar y hacer una tipología de las mismas¹⁰⁹. Esta tendencia es la expuesta por Añón y de Lucas, quienes explican en una de sus conclusiones que:

“(…) la noción de necesidades humanas básicas nos ofrece argumentos nada desdeñables para clarificar, junto con otros formulados desde diferentes perspectivas, el problema abierto de la fundamentación, o, dicho en otros términos, que la teoría de las necesidades en relación con los derechos humanos es útil sobre todo a la hora de ofrecer argumentos de fundamentación de los derechos, y no para establecer directamente la existencia de los mismos. En este sentido y desde los intentos que hasta ahora se han propuesto de una posible fundamentación de los derechos humanos en las necesidades básicas podemos afirmar que el recurso a las necesidades supondría aceptar que en ellas se encuentra el sustrato antropológico de los derechos, de forma que reconocer, ejercer y proteger un derecho básico significa, en última instancia, que se pretende satisfacer una serie de necesidades, entendidas como exigencias de una vida digna.”¹¹⁰

¹⁰⁷ Íd. p. 133

¹⁰⁸ Un error en el que considero también incurre Nino en “Autonomía y Necesidades Básicas”, Op. Cit., p. 21, al indicar que las necesidades se pueden explicar en un sentido instrumental, y en un sentido absoluto, sosteniendo que el primero se relaciona con los deseos del agente, y el segundo, con que “(…) el fin al que la necesidad está condicionada está fijado como parte del concepto”.

¹⁰⁹ María José Añón y Javier de Lucas, “Necesidades, razones, derechos”, Op. Cit. p. 55 a 81

¹¹⁰ Íd. p. 75 y 76

De acuerdo con lo anterior, no es posible una fundamentación absoluta de los derechos en las necesidades básicas humanas. De conformidad con lo expuesto por Añón y de Lucas, la aproximación más adecuada es la instrumental, pues las necesidades no son en sí mismas suficiente justificación, se requerirá “algo adicional” que haga las veces de puente lógico entre las necesidades y los derechos, y este “algo” son los valores, por ello, como bien dicen Añón y de Lucas¹¹¹, las necesidades aportan argumentos valiosos, pero no son el único argumento de fundamentación.

Para finalizar este acápite, se debe concluir que existe una conexión entre la fundamentación en las necesidades básicas humanas y la fundamentación en valores, pues la primera permite acercarse de manera objetiva a una fundamentación racional de los derechos fundamentales, y le es por ende instrumental a la fundamentación en valores, pues además de ser útil para detectar los nuevos espacios en que se requiere que un derecho nazca, o en otros términos, permitir determinar las pretensiones morales que requieren ser positivadas, se recuerda que no es suficiente para constituir una justificación autónoma, ya que la conexión lógica entre una necesidad y un derecho subyace en los valores.

1.1.3 Concepto de derechos fundamentales

Indica Rafael de Asís, que los derechos fundamentales son instrumentos éticos relacionados con concepciones morales¹¹²; también, que son “instrumentos de libertad que poseen todos los seres humanos en cuanto sujetos morales y que facilitan el logro de planes de vida”¹¹³, y que además son instrumentos jurídicos, pues han sido positivados.

Si a la anterior afirmación se agrega la condición de que se trate de pretensiones morales positivadas, fundamentadas en una serie de valores universales como la dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, se obtendrán *derechos fundamentales*. Visto lo anterior

¹¹¹ íd. p. 81

¹¹² Rafael de Asís, Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista, Op. Cit., p. 20.

¹¹³ Íd. p. 89

cobra sentido adherirse a una definición como la hecha por el profesor de Asís, y de acuerdo con la cual, los derechos fundamentales son “instrumentos que poseen una justificación ética, que desempeñan una función política y que se presentan como los criterios de validez material de los ordenamientos jurídicos que los reconocen.”¹¹⁴

Vale la pena reiterar en este punto que en el presente texto no se ha utilizado ni se utilizará el término derechos humanos, pero no por considerarlo como hacen autores como Luis García San Miguel, una categoría no jurídica, o en su propios términos, derechos morales¹¹⁵, ni por considerarlo una categoría que reúne ambas clases de derecho, como hace Eusebio Fernández¹¹⁶, quien sostiene que los derechos humanos fundamentales, son un conjunto de valores y normas morales y jurídicas, la plasmación de un ideal moral común a la humanidad, como un conjunto de reclamaciones de la conciencia mundial contemporánea o como la ética de nuestro tiempo, que incluyen varias cosas a la vez: responden a *necesidades humanas esenciales* que se traducen en *exigencias morales* y pretenden ser *reconocidas y garantizadas por el Derecho*, generando *deber*. Sin adentrarse demasiado en el tema, me limitaré a indicar que los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁷, y que por tal razón, coinciden en esencia con los derechos fundamentales, si se les entiende desde los puntos de vista antes indicados.

Esta definición es de tipo sustancial, y tiene en cuenta los contenidos que serán aceptables como derechos fundamentales, y en adición, tiene en cuenta que se debe tratar

¹¹⁴ Rafael de Asís, “Un apunte sobre la interpretación de los derechos sociales”, en Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, *Papeles El tiempo de los derechos*, Nº 2, 2009, <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/6489> (17-10-2011), p. 2.

¹¹⁵ Ver supra nota 46

¹¹⁶ Eusebio Fernández, “Concepto de derechos humanos y problemas actuales”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 1, año 1, 1993, p. 46

¹¹⁷ Vale la pena indicar lo dicho sobre los derechos humanos por Rodrigo Uprimny, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, s.f., p. 3: “(...) éstos tienen, al menos, una triple dimensión: son una categoría ética, puesto que constituyen uno de los marcos más aceptados de lo que podría ser una ética moderna secularizada que regula convivencia pacífica entre los ciudadanos en una democracia. De otro lado, tienen una dimensión política, puesto que hoy muchas reivindicaciones sociales son expresadas en forma de derechos humanos y éstos aparecen como un instrumento de crítica a la actuación de los poderes políticos. Y, finalmente, los derechos humanos son una categoría jurídica del derecho internacional público, puesto que son valores que han sido positivados en numerosos instrumentos internacionales, en los cuales se han definido diversos tipos de obligaciones, tanto positivas como negativas, para los Estados.”

no únicamente de pretensiones morales, sino que estas deben haber sido positivadas en el sistema jurídico respectivo. Esto coincide con lo expresado en la primera parte del presente trabajo, cuando se habló de la fundamentación de los derechos.

Existe otro punto de vista para definir los derechos fundamentales, y es el expresado por autores como Luigi Ferrajoli¹¹⁸, quienes se remiten a las características formales para definir lo que estos son. Explica este autor, que los derechos fundamentales, serán aquellos "adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables."¹¹⁹

Adicionalmente existe otro criterio formal, y es el referido a la positivación, interna o internacional, por lo que en ese orden de ideas, será fundamental aquel derecho que se establezca como tal en una constitución o instrumento internacional¹²⁰. Sostiene Luigi Ferrajoli, que puede ser fundamental entonces cualquier derecho que determine un poder constituyente o acuerdo de la comunidad de naciones, por lo que no resulta extraño que países como Estados Unidos hayan establecido como derecho fundamental el porte de armas¹²¹.

Por último, Luigi Ferrajoli indica una tercera definición formal de los derechos fundamentales, como la *ley del más débil*: "Todos los derechos fundamentales son leyes del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: en primer lugar el derecho a la vida, contra la ley de quien es más fuerte físicamente; en segundo lugar los derechos de inmunidad y de libertad, contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente; en tercer lugar los derechos sociales, que son derechos a la supervivencia

¹¹⁸ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008, y *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Madrid, Trotta, 2001.

¹¹⁹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 42.

¹²⁰ Íd., p. 42 y 43

¹²¹ Este es uno de los puntos críticos de la teoría de Luigi Ferrajoli, por cuanto se limita a describir un deber ser, pero en otros aspectos de su teoría realiza prescripciones. Así, estaría incurriendo en una contradicción, por cuanto indica que los derechos fundamentales deben reunir unas condiciones morales para ser aceptables, pero al establecer este criterio admite que cualquier asunto podría llegar a ser considerado un derecho fundamental. Para ampliar las críticas a Luigi Ferrajoli ver las conclusiones del Congreso Principia Iuris, llevado a cabo en Valencia en abril de 2012. En especial la ponencia de Francisco Javier Ansuátegui, "Los derechos fundamentales en Principia Iuris (o los límites de la teoría del Derecho)", versión preliminar. La página web del evento en <http://idh.uv.es/principiaiuris/>

contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente."¹²²

Como se observa, pese a que el autor sostiene que se trata de una aproximación axiológicamente neutra, es necesario dotar de algún contenido moral la definición de derechos fundamentales, y precisamente esta última definición se nutre de (y pone de manifiesto) la necesaria limitación al poder que se requiere para regular jurídicamente las relaciones de una sociedad, y que esta sea un espacio pacífico de convivencia. Independientemente de las críticas que se puedan dirigir al autor por quebrar la (aparente) neutralidad y acercamiento descriptivo de su teoría del Derecho, es innegable que su definición permite identificar con claridad el papel de los derechos sociales en una sociedad que se precie de llamarse democrática, pues no solo se requiere la interdicción de la arbitrariedad, privada y pública, en el terreno político, también es necesaria en el terreno de las relaciones sociales, aún hoy en día tan injustas y excluyentes, y esta tarea corresponde al Estado, como se verá a continuación.

1.2 El Estado de Derecho como requisito indispensable de los derechos sociales

Al hablar de Estado de Derecho se deben tener en cuenta dos dificultades que acompañan al concepto, la primera, que se trata de un concepto esencialmente controvertido, la segunda, que la dogmática es la que solucionará en cada país que tipo de Estado se ha adoptado y consecuentemente el tipo de organización política y social.

En primer lugar, el profesor Ansuátegui¹²³ indica que existen conceptos que generan desacuerdo académico, en la medida que cada persona utiliza estrategias definitorias diversas, por lo que es inútil intentar lograr una definición única para determinados términos. Explica él: "Existen conceptos que ocupan posiciones nucleares y básicas en los modelos culturales, respecto a las cuales no hay un uso general claramente definido y que se considere correcto por todos. Son términos y conceptos en relación con los cuales no

¹²² Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 44. Sea dicho que el autor tiene una obra completa sobre este tema: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

¹²³ Francisco Javier Ansuátegui, "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* Nº 158, España, 2000, p. 91 a 98.

acaban las disputas, ya que los individuos que participan en ellas creen que su interpretación es correcta y que sus argumentos son los más convincentes."¹²⁴

Teniendo en cuenta esta situación, se debe advertir al/la lector/a que se optará en el presente texto por la opción presentada por Elías Díaz¹²⁵, y no por la de Eusebio Fernández¹²⁶, pues ello supondría entrar en el debate por un concepto esencialmente controvertido que existe entre estos autores. Aunque se debe indicar que si bien Díaz y Fernández coinciden en que la limitación y control del poder, los derechos y la democracia son los elementos claves para diferenciar el Estado de Derecho de un Estado despótico o tiránico, no están de acuerdo en el grado de extensión de algunos de estos elementos constitutivos, y allí se encuentra su fuente de desacuerdo.

Elías Díaz¹²⁷ explica que existen tres formas de Estados de Derecho: el liberal, el social y el democrático. Para entender esta clasificación, se debe tener presente que Díaz hace su conceptualización en clave histórica, por lo que identifica el Estado Liberal con la primera forma de Estado de Derecho existente y con la que se puso fin a los Estados absolutistas. Las luchas sociales de finales del siglo XIX y principios del XX tuvieron como consecuencia la creación de los derechos sociales y la ampliación de los civiles y políticos, por lo que Díaz relaciona este suceso con el nacimiento del Estado Social, como una forma de perfeccionamiento del anterior modelo, el liberal. Por último, y debidas las preferencias políticas de Díaz, él expone un modelo ideal¹²⁸ (ya no histórico) que supondría la cumbre del Estado de Derecho: el Estado Social.

El Estado liberal entonces se caracteriza por cuatro rasgos: imperio de la Ley (una ley hecha por el Parlamento y no por un tirano), división de poderes, legalidad de la

¹²⁴ Íd., p. 93.

¹²⁵ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998 y "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, Nº 125, Madrid, 1995, p. 5-23.

¹²⁶ Eusebio Fernández García, "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho" en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 138, Madrid, 1997.

¹²⁷ Elías Díaz, "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", Op. Cit., p. 13 a 21, y del mismo autor *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Op. Cit.

¹²⁸ Gerardo Pisarello, "Por un concepto exigente de Estado de derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 144, Madrid, 1998, p. 108.

Administración y derechos y libertades fundamentales¹²⁹. Ahora bien, este tipo de Estado se caracteriza por su carácter abstencionista, por no entrometerse en la vida de sus ciudadanos (*laissez faire, laissez passer*). En consecuencia, este Estado genera una sociedad individualista, que da una preferencia inusitada a la propiedad privada individual, pues es el conducto por el cual se desarrolla la no intervención estatal. En entonces un Estado que blinda los derechos civiles y políticos, y se niega a aceptar los derechos sociales, pues considera que la intervención del Estado coartaría la libertad de las personas y las convertiría en medios, y con ello se desquiciaría el curso de la sociedad y el mercado, que por demás, se corregiría a sí mismo si se llegase a desviar.

La historia demostró la insuficiencia de este tipo de Estado, por ello para superar los dos puntos críticos del Estado Liberal: individualismo y abstencionismo estatal, se propone una nueva forma de Estado de Derecho: el social¹³⁰. Al contrario del liberal, se caracteriza por una fuerte intervención para corregir los fallos que el mercado y la sociedad no pudieron corregir por sí mismos. Este modelo de Estado se manifestó en Estados Unidos y Europa con el *Welfare State*, como mecanismos para desarrollar ampliamente los derechos sociales de las personas, sin embargo, empezó a desmontarse poco a poco a raíz de las crisis económicas de los años 70 del siglo XX, hasta prácticamente desaparecer en este, el siglo XXI.

Este modelo de Estado de Derecho pese a sus aciertos, adolece de un grave defecto: está basado en un sistema económico neocapitalista, que a la larga seguirá afectando los derechos de las personas, pues no es más que una forma evolucionada del capitalismo¹³¹, por ello postula el modelo de Estado Democrático, (modelo teórico o

¹²⁹ Elías Díaz, Estado de Derecho y sociedad democrática, Op. Cit., p. 44

¹³⁰ Íd., p. 103. Sostiene el profesor Díaz: "Dicha evolución viene marcada, se dice, por el paso del Estado liberal de Derecho al Estado social de Derecho. Se concibe éste como fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo del individualismo que le servía de base, postulando planteamientos de carácter 'social' que, por otra parte, queden también perfectamente diferenciados de cualquier otro sistema cercano a los totalitarismos fascistas. El Estado social de Derecho, 'casi' es obvio advertirlo, continúa constituyéndose como auténtico Estado de Derecho." (p. 101)

¹³¹ Íd., p. 121 y 122. Indica Elías Díaz que el neocapitalismo conserva los siguientes rasgos del capitalismo: propiedad privada de los medios de producción, economía de mercado, libre iniciativa en la organización de la producción, explotación del trabajo por el capital y ánimo de lucro – más o menos despersonalizado -

ideal)¹³², que se caracteriza por una intervención cualitativa y selectiva, que tiene en cuenta intereses generales, e intereses individuales legítimos, y que demanda a sus ciudadanos autoexigencia personal. Este Estado propugna por el equilibrio entre el necesario sector público de la economía y el privado, superando la dictadura y/o anarquía del mercado en que se vive hoy en día. Por último, estaría caracterizado por el reconocimiento de todos los derechos, incluyendo las nuevas exigencias éticas positivadas.

De esta forma, Elías Díaz identifica que solo un Estado maximalista será un Estado de Derecho, es decir, solo un Estado que respete todos los derechos podrá llamarse Estado de Derecho. Este es el punto criticado por Eusebio Fernández¹³³ quien sostiene que la afección de los derechos sociales solo afecta un posible modelo de Estado, es decir el Social, pero no atenta contra el Estado de Derecho, sin embargo, afectar los derechos civiles y políticos (derechos de autonomía, seguridad jurídica y cívico políticos como los denomina él), sí supone afectar el concepto mismo de Estado de Derecho. Como se observa, la diferencia de criterios está basada en un concepto esencialmente controvertido, adicionalmente, se puede observar la forma en que el pensamiento político de cada autor influye profundamente sus planteamientos.

Esta tipificación, sirve para poner de manifiesto, que el Estado determina el terreno en el cual puedan sembrarse y prosperar, o no, los derechos. Piénsese por ejemplo en modalidades de Estado en las que se exagera la protección de unos derechos y no de otros: en el liberal los civiles y políticos, en el socialista, los económicos, sociales y culturales. Se dijo al iniciar este aparte que la dogmática puede representar una dificultad para la definición del concepto de Estado de Derecho, y ello ocurre, en la medida que se debe reconocer en primer lugar que se está analizando un concepto cultural y jurídico occidental, y por otra parte, que las constituciones de cada Estado pueden optar por un modelo más o menos restringido de protección de los derechos sociales. Le asiste entonces razón a

como motor fundamental del sistema. Y a diferencia de aquel, ha afinado la eficacia y racionalidad del sistema capitalista en beneficio de los que detentan el poder económico.

¹³² Íd., p. 131 y ss. y Elías Díaz, "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", Op. Cit., p. 18 y ss.

¹³³ Eusebio Fernández García, "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho", Op. Cit., p. 106. Francisco Javier Ansuátegui, "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", Op. Cit., p. 102.

Eusebio Fernández en la medida que un modelo restringido de protección de derechos sociales no implicaría per se un Estado totalitario, sin embargo, esta postura está errada en la medida que sigue fundamentada en un modelo excluyente, casi libertario podría decirse.

La interdependencia, universalidad, indivisibilidad e interrelación de los derechos fundamentales y su fundamentación en la libertad, dignidad, igualdad y solidaridad, reconociendo el papel de las necesidades humanas, son la clave para entender que si bien un Estado Liberal no deja de ser un Estado de Derecho, sí es un Estado de protección selectiva, en otras palabras, la discusión debe reconducirse a sí el Estado de Derecho se instituyó para proteger a unos pocos o para protegernos a todos y todas, caso tal, en el que le asiste razón a Elías Díaz, pues será necesario un Estado de Derecho que cumpla su finalidad, hasta en lo social.

De acuerdo con lo anterior, es vital no perder de vista que un Estado de Derecho solo podrá considerarse tal, si y solo si, se funda en el respeto de todos los derechos y libertades fundamentales, de todas las personas, no de unas pocas, de otra forma, solo será un elemento de opresión.

Tal y como advierte Miguel Ángel Ramiro¹³⁴ cuando habla de teoría política de los derechos humanos, y explica que existe una permanente tensión entre política y derechos, resultado de la ética de la responsabilidad que rige los actos de los políticos en su labor de “mantener al Estado sano y robusto”¹³⁵ para que cumpla su cometido. Esto porque “(...)la actividad política no siempre está irremediabilmente condicionada por el respeto de los derechos”¹³⁶; pero prosigue explicando el profesor Ramiro cómo varios autores han puesto de manifiesto que este razonamiento no se ajusta a un esquema de teoría política basado en los derechos humanos, en donde el Estado debe ser el garante del Derecho y limitar la racionalidad y moralidad políticas¹³⁷, o parafraseando a Gerardo Pisarello¹³⁸, un Estado con

¹³⁴ Miguel Ángel Ramiro Avilés, *“Teoría política de los derechos humanos”*, Op. Cit., p. 23 y ss.

¹³⁵ *Id.*, p. 25

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Id.* p. 27. Vale la pena destacar lo dicho por él refiriéndose a Bobbio: “Norberto Bobbio (1997) señala que si queremos que el Estado de Derecho y los ideales y valores que lo inspiran sean reales no podemos admitir que la política y su racionalidad campen por sus fueros sin ningún tipo de control.” Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de derecho...”, Op. Cit., p.100 y 101

¹³⁸ Gerardo Pisarello, “Por un concepto exigente de Estado de derecho...”, Op. Cit., p. 100 y 101

normas no equivale a un Estado de Derecho.

El Estado, como se lo concibe en la actualidad, tiene como finalidad permitir que las personas desarrollen la más amplia variedad de planes de vida, por lo que debe optar por estrategias amplias e inclusivas, que solo pueden darse si se toman en cuenta los derechos fundamentales como directriz, y se da igual importancia a todos los derechos.

1.3 Derechos Sociales

Para hablar del concepto de derechos sociales, es preciso hablar de su historia, lo cual no es tarea fácil y excede los esfuerzos del presente trabajo. Sin embargo, es imprescindible indicar que el momento clave para los derechos sociales, como explica el profesor Gregorio Peces-Barba¹³⁹, se encuentra en el tránsito a la modernidad. A partir de fines del siglo XVIII, con el surgimiento del pensamiento fisiócrata y del ascenso de la burguesía, se genera un cambio profundo en la economía y en la forma de producción, pues ahora lo importante es el esfuerzo individual y la producción de riqueza. El hito sería la aparición de "La riqueza de las naciones" de Adam Smith en 1776.

Esto generó una ruptura en la organización del Estado y la sociedad, pues ahora el Estado sería de intervenciones mínimas y las personas actuarían movidas por sus propios intereses, y una 'mano invisible' ajustaría la situación. Pero no pasaría mucho tiempo para desmentir a los fisiócratas y comprobarse que el ser humano y su egoísmo estaban por encima del bienestar colectivo, y que la mano invisible no ajustaba los desarreglos. Indica el profesor Peces-Barba¹⁴⁰:

"Es el Estado mínimo, y es la confirmación de que los ciudadanos no hacen nada que no sea por su propio beneficio, por lo que la solidaridad y la fraternidad no tienen sitio en una sociedad impulsada por el ánimo de lucro.

El siglo XIX contemplará la construcción intelectual de los contenidos de la mentalidad social y de los derechos sociales, perfilados y desarrollados en el siglo XX. El paso previo e imprescindible será la toma de conciencia de las necesidades de los trabajadores, en esta materia, y el largo camino

¹³⁹ Gregorio Peces-Barba, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 6, año III, 1998, p., 20.

¹⁴⁰ *Ibíd.*

que recorren para alcanzar la mayoría de edad política."

El siglo XIX verá surgir entonces una nueva clase social, la clase trabajadora, que vive sumida en la pobreza y la precariedad, y que poco a poco empieza a conquistar la participación política y consecuentemente derechos para mejorar su situación; estas conquistas se fueron logrando gracias al ejercicio de asociación, pues desde 1847 y hasta 1900 se celebraron varias reuniones de grupos de obreros en Europa, con la finalidad de discutir y exigir mejoras laborales, ya que hasta dicho momento no contaban con un mecanismo de reclamación de garantías a los empleadores (se deben resaltar la Primera y Segunda Internacionales Obreras, de septiembre de 1864 y julio de 1889 respectivamente). Posteriormente, a principios del siglo XX empiezan a aparecer las primeras constituciones con contenido social – México 1917, Weimar 1919, Rumania 1923, reino Serbio-Croata-Esloveno 1921¹⁴¹.

Este Derecho social que nace como respuesta a las desigualdades causadas por la traslación a las relaciones laborales de la forma de regulación traída por el derecho civil clásico, de corte liberal es el antecedente de los derechos sociales¹⁴². Por esta razón, los grupos débiles, como los trabajadores por ejemplo, requerían la intervención del Estado para equilibrar jurídicamente las situaciones de poder, y dar cumplimiento a la igualdad material, y ello solo era posible si aquél: garantizaba estándares de vida mínimos, mejoraba las oportunidades de grupos sociales postergados, compensaba las diferencias de poder entre particulares y excluía bienes del libre juego del mercado¹⁴³.

Víctor Abramovich y Christian Courtis explican los rasgos del Derecho social¹⁴⁴:

a) Es un Derecho de grupos y no de individuos. El individuo goza de sus beneficios en la medida de su pertenencia a un grupo social: se trata de un derecho del individuo situado o calificado grupalmente. Así, las normas distinguen según se trate de trabajadores o empleadores, consumidores o productores, personas con discapacidad o sin

¹⁴¹ Íd., p. 22

¹⁴² Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Bomarzo, Madrid, 2006, p. 12 a 17.

¹⁴³ Íd., p. 17.

¹⁴⁴ Íd., p. 16

discapacidad, trabajadores activos o pasivos, varones y mujeres, empleados y desempleados, indígenas y no indígenas, etcétera.

b) Es un Derecho de desigualdades, que pretende constituirse en instrumento de equiparación, igualación o compensación.

c) Está ligado a una sociología orientada a señalar cuáles son las relaciones sociales pertinentes, qué relaciones ligan a los distintos grupos sociales, cuáles son los grupos desaventajados, cuáles son las necesidades o aspiraciones de esos grupos, etc. Esta orientación reemplaza a la filosofía de igualdad abstracta que caracterizaba al Derecho civil clásico.

Como se observa, este antecedente tiene en cuenta la solidaridad y el componente comunitario perdido de vista en el siglo XVIII. Ya no se trata de una cuestión que atañe solo al individuo, sino que lo pone en contexto social, pues ya no se trata de un problema aislado sino de uno compartido, que requiere de la colaboración con otros seres humanos en la misma situación para superarla.

Por esta razón, los autores citados consideran que los derechos sociales "son fruto del intento de traducir en expectativas, (individuales o colectivas) respaldadas legalmente el acceso a ciertos bienes configurados en consonancia con la lógica de este modelo."¹⁴⁵ Y estas expectativas no serán otras, que aquellas que se dirigen "a asegurar a toda persona [las] condiciones de satisfacción de sus necesidades básicas"¹⁴⁶

Estas conquistas no se lograron sin resistencia, pues la burguesía se oponía a abrir paso a los nuevos actores políticos, y de hecho, durante mucho tiempo se restringió el sufragio a la capacidad económica de los hombres (ni hablar de las mujeres), esto influyó en que se generaran procesos de positivación limitados cuando se trataba de derechos sociales. Por ello se suele pensar en los derechos sociales como en meros enunciados programáticos. Autores como Antonio Pérez Luño indican, refiriéndose a la paradoja fundamental de los derechos sociales, que "[l]os textos y las jurisdicciones constitucionales suelen reputarlos como normas 'programáticas' o pautas informadoras de la actuación

¹⁴⁵ Íd., p. 17

¹⁴⁶ Íd., p. 21

legislativa y/o de los poderes públicos. Se trata de derechos cuya tutela efectiva se reenvía al futuro, y que más que obligaciones jurídicas estrictas enuncian compromisos políticos imprecisos"¹⁴⁷.

La *paradoja fundamental* reside en que se trata de derechos positivados, es decir, normas positivas que satisfacen los requisitos de validez jurídica de los ordenamientos, pero con un estatus deóntico próximo al de derechos morales (en sus palabras derechos naturales o humanos), no al de los derechos fundamentales¹⁴⁸, y aunque es partidario de considerar los derechos sociales como derechos fundamentales, es enfático en la dificultad de justiciabilidad que les asiste, entre otras razones, porque se trata de derechos que no tienen un significado unívoco y que engloban categorías heterogéneas, que solamente tienen en común, su tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de la igualdad¹⁴⁹.

Por ello, y para realizar la igualdad material, se requiere cambiar el paradigma de actuación del Estado, pues los derechos ya no se entienden solo como límites de la acción estatal sino también como fines de la acción del Estado.

Este mismo autor define los derechos sociales teniendo en cuenta lo anterior, y que estos tienen como función asegurar la participación en los recursos sociales a los distintos miembros de la comunidad¹⁵⁰, así, distingue una faceta objetiva de estos derechos, indicando que son el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales¹⁵¹, y una faceta subjetiva, en la que serían las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, a través de determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los poderes públicos.¹⁵²

Otra perspectiva es la de Rodolfo Arango, quien indica que los derechos sociales son verdaderos derechos, llegando a dicha conclusión luego de enmarcarlos como

¹⁴⁷ Antonio Pérez Luño, "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 14, enero 2006, p.153

¹⁴⁸ *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Íd.*, p. 154

¹⁵⁰ *Íd.*, p. 156

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

derechos subjetivos, es decir, aquellos que reúnen tres características: una norma jurídica (M1), una obligación jurídica (M2) y una posición jurídica, o poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto, (M3)¹⁵³. En el caso de la norma jurídica indica que las fuentes son las normas legales y las normas de derechos fundamentales¹⁵⁴; con relación a la obligación jurídica, pone de manifiesto que puede ser directa ó indirecta, en tanto esté expresamente consagrada en el enunciado normativo o se deduzca de él¹⁵⁵. Ahora bien, en este punto aclara que la norma que genera obligación jurídica no necesariamente genera un derecho subjetivo, siendo este el caso de normas jurídicas que imponen deberes al Estado frente a intereses generales, v. gr. normas de fomento o subvención.

En cuanto a la posición jurídica, aclara Arango que la exigibilidad, o facultad de demandar, no es una condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo¹⁵⁶, y la explica teniendo en cuenta tres teorías: interés (Bentham), voluntad (Hart) y analítica de los derechos (Alexy), dentro de esta última indica que la posición debe mirarse desde tres perspectivas que permitirán entenderla: a) perspectiva formal (sentido lógico), b) perspectiva sustancial (contenido) y, c) perspectiva política.¹⁵⁷ Estos tres sentidos o perspectivas son explicados por Arango así:

“Desde una perspectiva lógica, una posición es la relación deóntica (OsaG) de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (G) de un otro (s). En sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio. (...)”¹⁵⁸

Adicionalmente, explica que el individuo ahora es sujeto de derechos (ciudadano) y no simple objeto del orden jurídico (súbdito o vasallo), lo que le lleva a definir un derecho

¹⁵³ Cfr. Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 9 y ss.

¹⁵⁴ *Íd.*, p.12

¹⁵⁵ *Íd.*, p.13 y 14

¹⁵⁶ *Íd.*, p. 17

¹⁵⁷ *Íd.*, p. 19

¹⁵⁸ *Ibíd.*

subjetivo como "todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una 'red de enunciados normativos' por medio de razones válidas."¹⁵⁹.

Una vez visto lo anterior, se puede concluir que los derechos sociales pueden asumir la forma de libertades positivas y en otros casos de prestaciones propiamente dichas, que van a permitir a las personas desarrollar su vida adecuadamente y en condiciones dignas, pues su contenido está directamente relacionado con la posibilidad de desarrollar su vida y participar en la sociedad, en igualdad de condiciones (real, no solo formal). Adicionalmente, estos derechos revisten una faceta objetiva, que está dada por el papel que le corresponde al Estado, para hacer dichas libertades y prestaciones posibles¹⁶⁰.

Los prejuicios contra los derechos sociales están basados en argumentos como la dificultad (o imposibilidad) de exigirlos por vías judiciales y los costos prohibitivos que supondría su realización, por lo que es usual que se piense que los derechos fundamentales son realizables en mayor o menor medida, de conformidad con su pertenencia a una u otra "generación de derechos", lo cierto es que esta concepción nunca fue adecuada. Así fue reconocido en diciembre de 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuando emitió la Resolución A/RES/63/117¹⁶¹, mediante la que nació el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se puso fin a la discusión de si este tipo de derechos eran o no justiciables, y por ende, se puso fin también al argumento (tautológico) de que no se trataba de verdaderos derechos, pues no eran justiciables.

¹⁵⁹ Íd. p. 20

¹⁶⁰ Jaume Saura Estapà, señala que el catalogo internacional de derechos sociales, económicos y culturales, de acuerdo con el PIDESC es el siguiente: "Si tomamos como referencia los artículos 22 a 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en combinación con la Parte III (artículos 6 a 15) del PIDESC, cabe identificar los siguientes derechos humanos como DESC: derecho al trabajo y derechos en el trabajo (incluyendo sindicación y huelga, pero también toda una serie de derechos que permiten ejercer una ocupación en "dignidad"); derecho a la seguridad social; protección y asistencia a la familia, en especial madres y menores de edad; derecho a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación (a lo que hoy habría que añadir agua potable y saneamiento), vestido y vivienda; derecho a la salud; derecho a la educación; y derecho a la cultura, que incluye tanto los derechos derivados de la propiedad intelectual como el derecho a disfrutar de la cultura y de los avances de la ciencia y la tecnología." ("La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc)", en *Papeles el tiempo de los derechos*, N° 2, Universitat de Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, España, 2011).

¹⁶¹ En <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/63/117> (23-10-2011)

Esto debido a que el protocolo introduce dos garantías, semi-jurisdiccionales, la primera, consistente en la posibilidad de que las personas o grupos de personas que consideren han sido víctimas de violaciones de derechos económicos, sociales o culturales contenidos en el Pacto Internacional respectivo puedan presentar comunicaciones al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en aras de obtener protección mediante medidas cautelares, la mediación de una solución amigable entre las presuntas víctimas y los Estados, o un dictamen con recomendaciones para los Estados (Artículos 1 al 9 del Protocolo). La segunda, consistente en la posibilidad de que dichas comunicaciones sean presentadas por un Estado parte del Protocolo contra otro Estado Parte por no cumplir sus obligaciones dimanantes del Pacto (Artículo 10).

Se debe tener en cuenta que si bien se trata de un avance significativo, pues el reconocimiento contó con el apoyo de 117 países, contra la abstención de 55 y el voto negativo de 5, aún se mira con desconfianza a los derechos sociales, pues hasta el momento, 40 países han suscrito el protocolo y de estos, solo 8 lo han ratificado¹⁶²; lo que resulta en que el Protocolo aún no haya entrado en vigencia, por cuanto se requieren 10 ratificaciones (Artículo 18).

Como se observa, se trata de un paso dado por el sistema universal de protección de los derechos humanos, que confirma las sospechas del mundo académico y el actuar de algunos jueces, de que la cuestión no es tanto de técnica jurídica, como de carencia de voluntad política de los Estados, pues con el nacimiento del protocolo se demuestra que los derechos son una cosa y sus garantías otra, y que no se puede supeditar la validez de estas normas a su eficacia o justiciabilidad, o en otras palabras, se demuestra que puede derrumbarse la falacia argumentativa de que los derechos sociales no son justiciables, pero cuestión diferente, es que la voluntad política así lo quiera.

¹⁶² Información extractada de la página de la colección de Tratados de la Organización de las Naciones Unidas: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (20-08-2012). Desde 2011, se ha visto un avance significativo, pues para octubre de dicho año había sido suscrito por 39 Estados y ratificado por 4, pero para el momento de consulta, hay un Estado suscriptor más y 4 ratificaciones adicionales, lo que pone la vigencia del protocolo más cerca, pues solo faltan 2 ratificaciones para que entre en vigencia.

Indica Jan Kratochvíl¹⁶³, que dentro de las ventajas que trae suscribir y ratificar el Protocolo, se encuentran: (1) poner fin al cisma entre víctimas de violaciones de derechos individuales y víctimas de violaciones de derechos sociales, y ofrecer igual protección a las personas, sin privilegiar un grupo por sobre otro; (2) intensificar la protección nacional de los derechos sociales; (3) ratificar la buena fe de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en derechos humanos; (4) poner fin a la alegada vaguedad de los derechos sociales y fomentar su cumplimiento, y, (5) finalizar la marginalización de las víctimas, pues al ser escuchada su historia se les da voz, se les empodera y reconoce su dignidad, entre otros beneficios psicológicos y como parte de una reparación integral.

Consecuentemente, en los sistemas nacionales de protección de derechos fundamentales, existe una fuerte reticencia a considerar los derechos sociales como verdaderos derechos, basándose en la dificultad que supone iniciar un procedimiento contencioso para resarcir los perjuicios sufridos por una persona, porque se trata de derechos de contenido abstracto y satisfacción compleja, pero también, porque se piensa que la fuerza del derecho es superada por la realidad y que las fuerzas económicas son imparables y no regulables, olvidando que los derechos son límites al poder, a cualquier poder, pues en estos tiempos no son solo los Estados los destinatarios de los derechos fundamentales, lo son también los particulares.

Es cierto que el Derecho tiene potencialidades y límites en este sentido, pero debe entenderse de una vez por todas, que una cosa es el derecho fundamental propiamente dicho, otra sus garantías y una tercera muy diferente, sus posibilidades (y tiempos) de realización (técnica y política)¹⁶⁴; estamos pues, ante la siguiente pregunta: ¿Los derechos sociales pierden su naturaleza o vigencia porque no son fáciles de satisfacer?

Respetar, proteger y garantizar son las obligaciones de los Estados con relación a todos los derechos, pero si no puede cumplirlas, ello no implica que los derechos pierdan dicha naturaleza; en este caso, lo que ocurre es que nace una causa para activar los

¹⁶³ Jan Kratochvíl, "Realizing a Promise: A Case for Ratification of the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en, *Human Rights Brief*, Vol. 16 Issue 3 Spring 2009, Washington College of Law, American University, p. 33 y 34.

¹⁶⁴ Rafael Herranz Castillo, "Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental", Op. Cit., p. 19

mecanismos de justiciabilidad o reparación de los perjuicios causados, dependiendo de la situación a la que se aluda.

Además, se piensa erróneamente que los derechos sociales se satisfacen únicamente con una prestación: dando un puesto de trabajo, titulando una casa a las personas desposeídas, etc.; en ese orden de ideas, cualquiera de nosotros podría interponer una acción judicial para obtener un mejor empleo, o para que el Estado nos restituya la salud perdida por una enfermedad incurable. Los derechos sociales se realizan con una serie de acciones que van desde la remoción de obstáculos hasta la prestación misma en ciertas circunstancias; ello implicaría por ejemplo, que el Estado realice seguimientos juiciosos a las actividades del sector privado y sancione los abusos en materia de empleo; contrario sensu, la inacción del Estado sería causal suficiente para recibir una eventual condena en sede jurisdiccional, pero este tema se revisará con detenimiento en los capítulos segundo y tercero.

En páginas posteriores se realizarán también algunas observaciones alrededor de las posturas que aceptan que los derechos sociales son derechos, las que niegan este carácter y las que aceptan que se trata de verdaderos derechos, pero entendiendo que los Estados deben garantizar solo un nivel mínimo. Se indica desde este instante, que esta tesis hace referencia a la forma en que se han fijado estrategias de litigio más que una forma de justificar los derechos.

Solo resta agregar en este punto a favor de la fundamentalidad de los derechos sociales, que hoy más que nunca, cuando la población mundial ha alcanzado los siete billones de personas, de las cuales, alrededor de la mitad viven en la pobreza, cuando el sufrimiento, las graves carencias, y hambrunas son la constante en las primeras páginas de los diarios, los incumplimientos de derechos sociales son un tema que debe causar gran preocupación, y debemos cuestionarnos por qué aún se niega la dignidad a algunos seres humanos.

1.3.1. Argumentos adversos a su naturaleza jurídica de derechos fundamentales

Esta tesis es sostenida por autores como Riccardo Guastini, quien indica que existen derechos de verdad y derechos de papel (ubicando en esta categoría a los derechos sociales). Él sostiene que los derechos, los verdaderos, deben indefectiblemente estar compuestos por tres condiciones¹⁶⁵: 1. Ser susceptibles de tutela jurisdiccional; 2. Poder ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado y, 3. Que su contenido indique un sujeto titular y una obligación de conducta, bien definidos. Contrario sensu, un derecho no verdadero o de papel, será aquel al que falte una de estas condiciones.

Guastini, es uno de los autores que sostiene que los derechos sociales no son mandatos dirigidos a crear derechos fundamentales para las personas, sino a orientar la acción del Estado, ni siquiera como normas imperativas, sino como sugerencias al legislador para que realice un cierto programa de reforma económico – social o de perseguir ciertos objetivos¹⁶⁶.

Los argumentos que se usualmente se utilizan para sostener que los derechos sociales no son derechos fundamentales, se pueden dismantelar al punto que se descubre que se trata de creencias y/o prejuicios arraigados, y aunque muchas veces se pueda rastrear su origen en una postura ideológica u otra, es inaceptable anidarse en ella para restarle validez, y presentarla como teoría objetiva; bien señala el profesor Ansuátegui, que de acuerdo con Bobbio, una cosa es la teoría y otra la ideología¹⁶⁷. A continuación se presentará una lista de argumentos argüidos usualmente en contra de los derechos sociales; este listado se basa en el presentado por Ligia Bolívar¹⁶⁸, quien está a favor de los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales y sostiene que estos argumentos son mitos que se deben derrumbar:

¹⁶⁵ Riccardo Guastini, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001, p. 221.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 222

¹⁶⁷ Francisco Javier Ansuátegui, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en Universidad Externado de Colombia, *Revista Derecho del Estado*, N° 24, Bogotá, 2010, p. 47.

¹⁶⁸ Ligia Bolívar, "Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes" en, *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, en http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/derechos%20economicos,%20sociales%20y%20culturales.pdf (01-02-2010)

1. La complejidad de los derechos sociales es un obstáculo para su satisfacción, pues son vagos en términos de las obligaciones que imponen, policéntricos y están relacionados con intereses difusos en los bienes colectivos. Se trata de un argumento de orden práctico, tomando como punto de partida los debates teóricos sobre las generaciones de derechos, e indicando que los derechos civiles y políticos no revisten tal complejidad que hace extremadamente difícil dotarlos de contenido, como sí ocurre con los derechos sociales.

Por otra parte, los complejos contextos sociales, económicos y políticos, los hacen de aún más difícil realización, pues habrán variables fuera del control de los Estados, como por ejemplo los períodos de recesión económica, o los desastres naturales, imprevisibles y que impiden una adecuada planeación para conseguir estos derechos, y tratándose de países en vías de desarrollo la situación se complica aún más dada la escasez de recursos.

2. Los derechos fundamentales implican obligaciones de abstención y son de aplicación inmediata, por el contrario los derechos sociales son de acción y aplicación progresiva. Este es tal vez el argumento más recurrente, y tiene que ver con lo que se ha llamado derechos caros y baratos¹⁶⁹. Se suele argumentar que los derechos civiles y políticos sí son fundamentales pues no representan una erogación, y se pueden satisfacer con la simple abstención del Estado, mientras los derechos sociales al ser positivos, suponen grandes inversiones de recursos públicos.

Guastini indica al respecto, que los derechos fundamentales se pueden clasificar en dos categorías, según si su contenido consiste en una obligación de hacer o en una obligación de omitir para el Estado:

"1. Por un lado existen derechos fundamentales cuyo contenido es una acción del Estado; es el caso de los derechos que suelen ser denominados "sociales", como el derecho a la salud, el derecho al trabajo, etcétera.

2. Por otro, existen derechos fundamentales cuyo contenido es una omisión (una abstención) del

¹⁶⁹ Francisco Javier Ansuátegui, "Ordenamiento jurídico y derechos humanos" en, J.J. Tamayo, Dir., 10 palabras clave sobre derechos humanos, Verbo Divino, Estella, 2005, p. 339.

Estado; es el caso de los derechos de libertad (*libertés publiques*), como la libertad personal, la libertad de reunión, la libertad de asociación, etcétera.

Hay que señalar que, en la mayoría de los casos, los derechos sociales – al igual que los derechos morales – son derechos 'sobre el papel'.¹⁷⁰

3. No son justiciables. Este es el argumento de la objeción política¹⁷¹, pues la implementación de los derechos sociales involucraría decisiones políticas de gran envergadura, comparada con el caso de los derechos civiles y políticos, además, estos asuntos deben ser dejados a la decisión de legisladores, ministros y otros actores políticos y no a la decisión de los jueces, quienes no pueden resolver casos que involucren derechos sociales por ser una cuestión política, no un asunto del derecho.

Este argumento se presenta refiriendo también a que la ambigüedad con la que los derechos sociales fueron positivados hace imposible determinar los elementos básicos de exigibilidad, es decir, no son reales derechos subjetivos, pues no hay determinación del titular ni de la prestación, ni el cómo deberá hacerla efectiva el Estado, y se agrega el contundente argumento de la indisponibilidad total del Estado sobre el objeto del derecho, p.e., en el caso del derecho al trabajo.

Además de lo anterior, se alega que la realización progresiva de los derechos sociales diluye aún más la posibilidad de acudir a los jueces para exigirlos, pues se equipara su realización "en la medida de los recursos disponibles" con una obligación de medio y no de resultado por parte del Estado. Difícilmente se podría crear una pretensión fundamentada en directrices para el poder legislativo, que no constituyen realmente derechos, máxime, si una realización progresiva supone una mutación de contenidos constante.

4. No cuentan con garantía en recursos e instancias internacionales. Este argumento

¹⁷⁰ Riccardo Guastini, Estudios de Teoría Constitucional, Op. Cit., p. 223. Resulta curioso en este punto, que el autor niegue la naturaleza de fundamentales a los derechos sociales, pero en su texto se refiera explícitamente a ellos como derechos fundamentales.

¹⁷¹ Figueroa García-Huidobro, Rodolfo, "Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos...", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 N° 2, pp. 313 – 342, 2009, p. 314.

se puede apalancar en las dificultades de funcionamiento que presentan el sistema universal de protección de derechos humanos y los sistemas regionales. En parte se puede aducir el mismo argumento sobre justiciabilidad presentado antes, pues lo difuso del contenido de los derechos sociales, imposibilita, en concepto de los detractores, la posibilidad de llevar ante un juez un reclamo originado en una violación de estos derechos, más aún, si se tiene en cuenta que uno de los requisitos para poner en funcionamiento los mecanismos internacionales, es el agotamiento de los recursos internos, y si estos no existen, no podría suplirse *prima facie* este requisito.

5. Se deben realizar "hasta el máximo de recursos de los que se disponga". La obligación de realización de los derechos sociales es una obligación de medio, no de resultado, por ello existe la cláusula de realización progresiva, pues no de otra forma pueden desarrollarse esta clase de derechos que precisamente son programáticos. El Estado no está obligado a desarrollarlos, poniendo en riesgo los derechos civiles y políticos, que ya se encuentran consolidados.

6. No se puede sacrificar la calidad de un derecho en aras de la cantidad. Este es un punto delicado, pues se denuncia que el reconocimiento de más derechos, a la postre afectará su efectividad. En esta postura se puede ubicar a autores como Laporta, cuando sostiene que "cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia"¹⁷². No se debe entender sin embargo que este autor esté en contra de los derechos fundamentales, pues su argumentación tiende a poner de manifiesto que los derechos fundamentales tienden a colisionar entre sí, por lo que es impreciso hablar de su carácter absoluto cuando unos se van a superponer a otros necesariamente, pero como se observa, se trata de una discusión filosófica sobre la fundamentación de derechos al momento de su creación, es decir, de la conveniencia o no de positivizar nuevos derechos morales, no se trata de un argumento en relación con los derechos existentes.

¹⁷² Francisco Laporta, "Sobre el concepto de derechos humanos", Op. Cit., p. 23.

Por otra parte, Bolívar¹⁷³ explica que se alega un supuesto deterioro cualitativo en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, a causa de un injustificado incremento cuantitativo de la cobertura de los servicios destinados a satisfacer esos derechos por la vía de la masificación. Pone como ejemplo el derecho a la educación, indicando que se dice que la calidad del sistema educativo ha desmejorado sustancialmente, debido a la masificación que se produjo a raíz de la ampliación de la enseñanza gratuita de nivel básico.

A los anteriores argumentos se pueden agregar las cinco creencias falsas explicadas por Ricardo García Manrique¹⁷⁴, estas son: que los derechos humanos son ciertos derechos mínimos que garantizan un mínimo de legitimidad política; que la libertad inspiradora de los derechos humanos es la libertad negativa o libertad como no interferencia; que la igualdad es un valor y que los derechos sociales se inspiran en ella¹⁷⁵; que la libertad de mercado es un derecho fundamental que permite la provisión de bienes o la prestación de servicios socialmente muy importantes con ánimo de lucro; y que la propiedad privada es un derecho fundamental.

Una vez vistos los argumentos contrarios a los derechos sociales, es procedente entrar a analizarlos para evidenciar que se trata de falencias, y que en vez de demostrar que los derechos sociales no son derechos fundamentales, lo que logran es demostrar es la similitud que tienen con los derechos civiles y políticos, y la ineficiencia de los órganos políticos y su mala voluntad en la consecución de los derechos sociales.

1.3.2. Argumentos favorables a su naturaleza jurídica de derechos fundamentales

Los derechos sociales nacieron para cumplir un anhelo de igualdad no cumplido

¹⁷³ Ligia Bolívar "Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes", Op, Cit., p. 14.

¹⁷⁴ Ricardo García Manrique, "Los enemigos ocultos de los derechos sociales. Cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos", en: *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, N° 5, 2009, p. 53 y 54

¹⁷⁵ En aras de respetar la exposición de Ricardo García Manrique se mantiene esta mención, pero no se comparte.

durante muchos años, inclusive siglos, de ahí que se le atribuya su pertenencia a una nueva generación de derechos, pues constituyen la materialización de logros de luchas históricas de varios grupos y colectivos de personas. El profesor Peces-Barba indica con relación al objetivo de los derechos sociales que: "Su objetivo era la igualdad a través de la satisfacción de necesidades básicas, sin las cuales muchas personas no podían alcanzar los niveles de humanidad necesarios para disfrutar de los derechos individuales, civiles y políticos, para participar en plenitud en la vida política y para disfrutar de sus beneficios."¹⁷⁶ Entonces se presentan los siguientes contraargumentos, respetando el orden en que fueron presentados los argumentos hostiles.

1. La complejidad de los derechos sociales es un obstáculo para su satisfacción, pues son vagos en términos de las obligaciones que imponen, policéntricos y están relacionados con intereses difusos en los bienes colectivos.

La vaguedad en la positivación de los derechos no es exclusiva de los de estirpe social, de hecho, es una técnica usual para dar libertad al legislador, piénsese por ejemplo en la estipulación "todos tienen derecho a la vida", ¿existe acaso algo más vago?, sin embargo, existe toda una estructura institucional tendiente a reprimir y prevenir los homicidios. Este argumento es derrotado, por cuanto el Legislador tiene amplias facultades de dotar los derechos de contenido, y en caso de dudas, puede acudir al derecho internacional para obtener guía al respecto.

Por otra parte, es cierto que existen obstáculos naturales y obstáculos sociales a los derechos, en cuanto a los primeros, es comprensible que existan dificultades presupuestarias, crisis económicas, inclusive desastres ambientales¹⁷⁷, sin embargo, aducir condiciones adversas, no es argumento aceptable en contra de la naturaleza jurídica de los derechos, podría serlo en relación con sus posibilidades de realización fáctica en el corto plazo, pero aún así, no se trata del derecho en sí mismo, se trata de "evaluar la conducta

¹⁷⁶ Gregorio Peces-Barba, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año III, N° 16, 1998, p. 25.

¹⁷⁷ La Relatora Especial de Naciones Unidas para el derecho a la Vivienda Adecuada indicó en 2011 en su informe (A/66/270) la gravedad de este asunto, y cómo afecta severamente este derecho de las personas, llevándolas inclusive al desplazamiento interno y a la situación de refugio.

del Estado y sus esfuerzos en la satisfacción de tal derecho¹⁷⁸

Es indudable que también se encontrarán condiciones sociales adversas, por ejemplo por tradiciones culturales, sin embargo, se debe hacer una consideración similar a la hecha con relación a los obstáculos naturales, pues el trasfondo del asunto no es el derecho en sí mismo, sino la actitud hostil que se asuma frente a su realización, en especial, la que asuman las autoridades públicas, con miras al mediano y al largo plazo, de ahí por ejemplo que se critique tanto el papel de los tribunales constitucionales y sin mayores consideraciones se les acuse de actuar de manera anti-democrática (el tema de la justiciabilidad se tratará en mayor detalle en los siguientes capítulos).

Es claro que el tema de los derechos sociales involucra difíciles aspectos de concreción, sin embargo, no se puede atar la validez normativa de éstos al mayor o menor grado de posibilidad de realización¹⁷⁹; es erróneo deducir la fundamentalidad y/o validez normativa de un derecho, partiendo de realidades políticas y económicas, esto equivale a aceptar como teóricamente correcto que el derecho a la vida es restringible en países como Somalia dada la falta de gobernabilidad y atraso económico¹⁸⁰.

2. Los derechos fundamentales implican obligaciones de abstención y son de aplicación inmediata, por el contrario los derechos sociales son de acción y aplicación progresiva. Ambas clases de derechos generan obligaciones de acción y abstención y también obligaciones de aplicación inmediata y progresiva, esto puede clarificarse con el ejemplo usado por Ernst Tugendhat: "para el derecho a un proceso justo el gobierno debe proveer el aparato judicial necesario y, por otra parte, el establecimiento de algunos

¹⁷⁸ Ligia Bolívar, "Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes" Op. Cit., p. 8

¹⁷⁹ Robert Alexy, "Derechos Sociales Fundamentales" en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000, p. 82.

¹⁸⁰ Autores como Boaventura de Souza Santos, *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, p. 225 y ss., denuncian la transacción derechos humanos – crecimiento, un fenómeno que puede ser descrito básicamente como la pérdida o reducción de derechos sociales aceptada por la sociedades, a cambio de generar crecimiento económico, y así jalonar posteriormente la realización de derechos. Algo así como aplicar austeridad en derechos como una inversión a futuro, pero la historia tristemente demostró que la bonanza de derechos nunca llegó, sino que por el contrario, la situación de derechos sociales es peor hoy en día (año 2011) de lo que fuese hace treinta años.

derechos económicos como el derecho al trabajo, es concebible sin proveimiento.¹⁸¹ De acuerdo con lo anterior, limitarse a indicar que los derechos sociales son derechos que generan costos económicos que no es posible asumir sin resquebrajar la economía de un Estado, es inaceptable, por cuanto todos los derechos suponen una estructura institucional que genera gastos.

Precisamente autores como Stephen Holmes y Cass Sunstein¹⁸² dedicaron una obra completa a analizar una estructura institucional –como la de Estados Unidos– casi exclusivamente dedicada a proteger los derechos civiles y políticos, en especial el derecho a la propiedad, y los costos económicos que ello supone. Los autores asumen una postura cautelosa con relación a la decisión sobre el gasto público para realizar derechos, pero en lo que aquí interesa, explican que la protección de la propiedad del hurto por ejemplo, trae consigo gastos en salarios de policías, jueces y todos los gastos de mantenimiento relacionados, estaciones de policía, juzgados, cárceles, etc., inclusive, apagar un incendio en los lujosos Hamptons, supone erogaciones del presupuesto público, pues aún tratándose de viviendas de personas con alta capacidad económica, el servicio de bomberos es de naturaleza pública.

Es entonces ridículo indicar que los únicos derechos que generan erogaciones son los sociales, cuando son los menos desarrollados en términos de institucionalidad de soporte. Más adelante se hablará de algunas de las formas en que se puede satisfacer un derecho social, pero se puede anticipar que inclusive mediante abstenciones el Estado puede cumplir uno de estos derechos.

3. No son justiciables. El tercer argumento que se esgrime contra los derechos sociales, relacionado con la no justiciabilidad, es en realidad un problema de paradigma jurídico, o en otras palabras, se trata de entender la estructura de los derechos fundamentales con la lógica del derecho privado, ignorando las transformaciones sufridas por los sistemas jurídicos durante el último siglo. Claramente, si se intenta encasillar una

¹⁸¹ Ernst Tugendhat, *Ser, Verdad, Acción. Ensayos Filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 249.

¹⁸² Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

(relativamente) nueva tipología de normas jurídicas en una estructura más cerrada, existirán problemas para quienes deban aplicarlas; es por ello, que autores como Luigi Ferrajoli¹⁸³, realizan una aproximación desde el garantismo y entienden que no se trata de un problema de naturaleza jurídica, sino de lagunas normativas y antinomias, que siempre han acompañado a los sistemas jurídicos.

Por otra parte, no debe olvidarse que pese a la estructura abierta e indeterminada de los derechos fundamentales, en especial los sociales, y más aún si están positivados en las constituciones, existe un mínimo de consenso sobre su contenido; ello conducirá a que la inacción del legislador no sea aceptable como excusa para vulnerar la dignidad, igualdad y libertad de las personas; en palabras de Ligia Bolívar: "Lo que sí tiene sentido, en cualquier caso, independientemente del derecho en cuestión, es que, una vez definido el contenido mínimo esencial de un derecho, se creen mecanismos mediante los cuales los ciudadanos, en igualdad de oportunidades y condiciones, puedan reclamar su disfrute tomando en cuenta las obligaciones del Estado en torno a su satisfacción."¹⁸⁴

4. No cuentan con garantía en recursos e instancias internacionales. Esta es una falacia argumentativa por cuanto los mecanismos sí existen. Con la promulgación del Protocolo de derechos económicos, sociales y culturales por parte de la Organización de las Naciones Unidas, como se expuso antes en el presente documento, se reta este argumento, pues existe un mecanismo especialmente diseñado para conocer de las violaciones de derechos originadas por esta causa. Además, desde ya se puede indicar que este argumento ya era falso desde antes de la existencia del protocolo, pues dichos mecanismos sí existían, y pese a que algunos sean más efectivos que otros, su desconocimiento no equivale a inexistencia.

Adicionalmente, se debe recurrir al derecho en concreto para determinar qué mecanismos existen para buscar una garantía jurisdiccional o política, p.e., en el caso del

¹⁸³ Este es el eje de su obra en tres tomos *Principia Iuris*, pero es un tema recurrente desde sus primeros libros. Sobre este tema se ahondará en el segundo capítulo, por lo que se remite a las consideraciones expresadas allí.

¹⁸⁴ Íd., p. 9

derecho al trabajo existen a nivel de la Organización de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la OIT; el primero es más de carácter técnico, pero por ello resulta idóneo para las garantías políticas, es decir, la forma en que debe legislarse un derecho.

Por su parte, la OIT representa la existencia de instrumentos internacionales, la mayoría, con posibilidades de interposición de quejas (o procedimiento de encuesta) que pueden terminar con una condena de la Corte Internacional de Justicia; adicionalmente, y es el mecanismo utilizado usualmente por la entidad, existe la publicación de informes adversos a los Estados, que constituyen también una sanción internacional a los países incumplidos.

Por citar otro ejemplo, esta vez del sistema regional interamericano, se contemplan mecanismos cuasi-contenciosos en cabeza de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, p.e. la presentación y divulgación de informes de país, y mecanismos contenciosos o demandas por responsabilidad internacional, que son resueltas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este tema se verá con mayor detenimiento en el segundo capítulo.

5. Se deben realizar “hasta el máximo de recursos de los que se disponga”. La cláusula de progresividad ha sido usada en un sentido contrario de aquél con el que se la concibió, pues se usa como excusa para no asignar más recursos económicos del presupuesto a la realización de derechos sociales. La obligación de realización progresiva de los derechos sociales implica a los Estados, que una vez alcanzados ciertos parámetros de desarrollo de los derechos, éstos no pueden ser retrocedidos, al menos no injustificadamente; el no retroceso es entendido como mayor gasto, por lo que es usual que el compromiso político se mantenga prácticamente en el mismo punto de partida y no se generen reales avances.

Adicionalmente se esgrime el argumento de la indisponibilidad de los objetos del derecho, tales como los puestos de trabajo, la oferta del mercado de la vivienda, etc., lo que daría al traste con cualquier esfuerzo emprendido por los Estados, pero este

argumento se reconduce a falta de voluntad política, pues existen diversas medidas que se pueden adoptar para fomentar la generación de empleo, o mejorar la situación de vivienda de las personas, entre otros, pero depende del compromiso de los gobernantes con el bienestar de las personas, y de la superación de modelos libertarios de gobierno. He ahí por ejemplo el importante papel del empoderamiento político de los colectivos en la disputa política, aunque debido a la debilidad institucional y pérdida de espacios participativos, ha cobrado importancia el litigio como nuevo lugar de disputa política (este tema se mencionará en el tercer capítulo).

6. No se puede sacrificar la calidad de un derecho en aras de la cantidad. Indica Ligia Bolívar¹⁸⁵ que se trata de una falacia, pues el problema no es la ampliación del derecho, sino la preparación de las instituciones para asumir la demanda social y la infraestructura estatal. Culpar a las personas que gozan de un derecho del deterioro del mismo es un truco sucio, y no se puede confundir la universalidad en el goce de los derechos con la incapacidad institucional o el aumento de demanda de servicios públicos. Como menciona el profesor Ansuátegui¹⁸⁶, cuando un derecho no es disfrutado por todos, sin discriminación, se convierte realmente en un privilegio.

Finalmente, explica Ricardo García Manrique, que existen obstáculos naturales a los derechos sociales, tales como “la escasez de recursos, o sociales, como la dificultad para organizar su distribución justa en una comunidad humana compleja”¹⁸⁷, pero no deben entenderse como argumentos válidos para negar la condición de derechos fundamentales de la que gozan los derechos sociales.

Se cierra esta parte, con las indicaciones con relación a los enemigos de los

¹⁸⁵ Ligia Bolívar “Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes”, Op. Cit., p. 14.

¹⁸⁶ Francisco Javier Ansuátegui, “Argumentos para una Teoría de los derechos sociales”, en Revista de Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia, N° 24, julio 2010, p. 59

¹⁸⁷ Ricardo García Manrique, “Los enemigos ocultos de los derechos sociales.” Op. Cit., p.52

derechos¹⁸⁸, mencionados por Ricardo García Manrique:

- Los derechos humanos son ciertos derechos mínimos. Los derechos fundamentales¹⁸⁹ no son mínimos que una comunidad política debe asumir para alcanzar un nivel de legitimidad, estos derechos constituyen la ética pública, o en otras palabras, el ideal de una comunidad política justa o legítima, y ello solo se consigue, si se permite a todos sus miembros vivir ese tipo de vida.

- La libertad inspiradora de los derechos humanos es la libertad negativa o libertad como no interferencia. Como se expuso en páginas anteriores, todos los derechos suponen una porción de libertad negativa y una de libertad positiva para realizarse, por ello es tendencioso encasillarlos en una sola de ellas.

- La libertad de mercado es un derecho fundamental. La asignación de bienes se realiza por medio de dos mecanismos, el mercado y la ciudadanía. En el primer caso, se trata de una de las "libertades liberales" por excelencia y de que el Estado no puede interferir gravemente en los planes de vida de los ciudadanos, sin embargo, cuando esta libertad excede límites razonables y pone en riesgo los derechos fundamentales de otras personas, los Estados deben intervenir para equilibrar la situación, y es allí cuando entra en juego el mecanismo de provisión ciudadana.

- La propiedad privada es un derecho fundamental. Este es uno de los argumentos más fuertes en contra de los derechos sociales, sin embargo, debe empezar a desmontarse, por cuanto no reviste la naturaleza de derecho fundamental, de hecho, se trata de un derecho renunciable y negociable por naturaleza, o de otra forma, se trabaría el tráfico mercantil. Adicionalmente, se trata de un derecho que no tiene contenido igualitario, por el contrario, es profundamente individual, y en la medida que atente contra derechos que sí son fundamentales, debe ceder ante ellos.

No se indica que sea un derecho que deba desaparecer, pues ello atentaría contra otra serie de derechos de las personas, pero se debe reformular su entendimiento,

¹⁸⁸ De conformidad con lo expuesto arriba, no se comparte el argumento expuesto por Ricardo García Manrique, en el sentido de que niega que la igualdad es un valor e indica que se trata de un hecho; por ello, no se adopta esta postura en el presente documento.

¹⁸⁹ Se respetó la terminología usada por el autor, sin embargo, en la explicación se utilizará el término derechos fundamentales utilizado a lo largo del documento.

aceptando por ejemplo propuestas que lo reconfiguren para ser “el control de cada uno sobre los recursos necesarios para llevar una vida plenamente humana”, y que ello sea compatible con los derechos fundamentales¹⁹⁰.

Visto lo anterior, es procedente hacer unos comentarios a una postura que reconoce que los derechos sociales son verdaderos derechos, pero lo hace con cierta cautela. Esta postura nace no como producto de la reflexión filosófica, sino de las necesidades del litigio en derechos sociales, pues como respuesta a la hostilidad persistente en autoridades públicas, tales como los jueces, se suele reforzar la argumentación sobre violación de derechos sociales indicando la violación por conexidad de otros derechos más desarrollados, este es el caso típico del derecho a la salud en Colombia, que hasta hace muy poco tiempo debía defenderse como un derecho fundamental por conexidad, es decir, si existía un serio riesgo a la vida de las personas, era tutelado. Si bien la estrategia utilizada sirvió para superar los tropiezos generados por la amplitud y apertura en el contenido de los derechos, y el escepticismo sobre la fundamentalidad de los mismos en casos individuales, infortunadamente permitió perpetuar el argumento de que los derechos sociales no son justiciables y por ende, no son verdaderos derechos.

La Corte Constitucional colombiana, en vez de contribuir a la solución de la cuestión, generó mayores confusiones, al punto que se puede decir que ha eludido el tema¹⁹¹; esto porque en ocasiones ha sostenido que los derechos sociales no son fundamentales, pues tienen un contenido excesivamente difuso que debe entenderse como declaración de principios, por lo que se trata más bien de directrices políticas¹⁹² mientras que en otras ocasiones, ha sostenido que sí son fundamentales, pero unas veces ha dicho que para todas las personas, y otras sólo para grupos de personas que se encuentren en mayor

¹⁹⁰ Ricardo García Manrique, “Los enemigos ocultos de los derechos sociales.” Op. Cit., p. 69

¹⁹¹ Este es el planteamiento de Johanna Cortés, et al., “La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos Vol. 9 N° 2*, Abril 2007 (número especial), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

¹⁹² *Id.*, p. 110, 113 y 116.

vulnerabilidad, p.e., adultos mayores y mujeres embarazadas¹⁹³, y ha esgrimido el argumento de la conexidad antes mencionado, pues ha sostenido que no son fundamentales, pero que sí merecen protección judicial por su conexidad con derechos fundamentales, p.e., cuando se pone en riesgo la vida de las personas¹⁹⁴.

Esto ocurre no solo a nivel doméstico, autores como Clara María Mira¹⁹⁵, han puesto de manifiesto que esto puede suceder también en los sistemas regionales de protección de derechos humanos, indicando que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido derechos sociales en casos a través del sistema de denuncias, solo cuando la violación produjo vulneración directa o por conexidad de un derecho fundamental. Como se puede deducir de lo anterior, no se trata de una postura coherente con su predicado, pues afirma que los derechos sociales son derechos, pero en la práctica no lo sostiene y mantiene el escepticismo sobre su naturaleza jurídica.

Por otra parte se encuentra una aproximación excesivamente cauta a la defensa de los derechos sociales, que defiende que su contenido mínimo será el justiciable, por lo que se debe propender por una positivación mínima de los derechos sociales, en términos de lo que es realizable, así, si los Estados establecen un contenido concreto, estarán dando los pasos en la dirección correcta hacia la realización de los mismos, pues no habrá lugar a dudas sobre el derecho y consecuentemente, sobre cuando se está vulnerando. Esta postura se puede identificar en textos como el de Katharine G Young¹⁹⁶, que presenta una serie de aproximaciones existentes para lograr llenar dicho contenido.

Se debe reconocer que esta última aproximación es una muy realista y comprometida con los derechos sociales, sin embargo, se le puede criticar su falta de consistencia lógica, pues por una parte utiliza el argumento de que los derechos sociales son verdaderos derechos y que por tal razón, debe dotárseles de contenido y garantías suficientes, pero al reducirlas a un mínimo, niega su naturaleza de verdaderos derechos.

¹⁹³ Íd., p. 130.

¹⁹⁴ Ibíd. p. 113 y 136.

¹⁹⁵ Clara María Mira González, y Milton Andrés Rojas Betancur, "La protección de los derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Opinión Jurídica*, Vol. 9, N° 18, 2010, Universidad de Medellín, Colombia.

¹⁹⁶ Katharine G Young, "The minimum core of economic and social rights: a concept in search of content", en: *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, 2008.

Piénsese por ejemplo en el derecho a la libertad de expresión, pero limitado a ciertos temas y a ciertos medios de comunicación, ¿realmente podría hablarse de derecho a libertad de expresión? Mejor aún, piénsese en el derecho a la salud, pero limitado a la atención básica en consultas programadas, no a las situaciones de emergencia, ¿podría acaso decirse que ello se corresponde con el más alto nivel de salud posible? A mi juicio, la respuesta es no, y no porque no se trate de aproximaciones y herramientas valiosas para la reivindicación de derechos sociales, sino porque estas herramientas no pueden contribuir a perpetuar la realización parcial de los derechos, se requiere repensar la forma en que se debe entender el deber de progresividad y no traducirlo como deber de parcialidad.

1.4. Conclusiones

Para el profesor Gregorio Peces-Barba, el valor fundante, o *clave de bóveda* del fundamento de los derechos, como sostiene él mismo, es la libertad¹⁹⁷. No se comparte dicha postura en el presente trabajo, porque si bien como él indica, la libertad permite articular una serie de estrategias jurídicas para su protección, no existe relación de causalidad del por qué existen dichas estrategias si no se articula la fundamentación de los derechos con la dignidad humana, que en concepto de la autora, es realmente la clave de bóveda, pues lo que se busca proteger y preservar en el fondo, es y siempre ha sido la esencia del ser humano, su dignidad. Este valor es el que pone a funcionar otros más en torno suyo, en una relación instrumental, pues el ser humano es el fin, y la libertad sería un medio para rodearlo de protección.

Luego de dedicar unas cuantas páginas a reflexionar sobre algunos aspectos de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, y solo algunos, se deben extraer conclusiones como las siguientes. En primer lugar, existen varias posturas para fundamentar los derechos fundamentales, pero se puede evidenciar que hasta el momento la más adecuada, es aquella que se realiza en valores; adicionalmente, y para el caso

¹⁹⁷ Gregorio Peces-Barba y otros., "La libertad social, política y jurídica", en *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Op. Cit., p. 215 y 226.

particular de los derechos sociales, se encuentra una fundamentación en necesidades humanas básicas que refuerza la justificación en valores, pues le agrega objetividad. La fundamentación de los derechos sociales lograda de esta manera, permite alcanzar un concepto inclusivo, y que reconoce la naturaleza humana en todas sus dimensiones.

Lo anterior conduce a restar autoridad a las posturas que niegan la naturaleza de los derechos sociales como derechos fundamentales, principalmente, porque niegan la naturaleza humana y consecuentemente la igual dignidad que nos asiste a todos los seres humanos. En un sentido similar, no son aceptables las posturas que argumentan a favor de la naturaleza parcialmente verdadera de los derechos sociales, pues además de incurrir en una obvia contradicción lógica, contribuyen sin quererlo a perpetuar el escepticismo y rechazo de los derechos sociales como derechos con vida propia, y de esta manera, no se lograrán cambios en la errónea percepción de estos derechos en el corto plazo. Pese a lo anterior, se debe reconocer positivamente los logros alcanzados por estas posturas, y aplicar las lecciones aprendidas, pero esta vez, con miras a la realización progresiva de los derechos, o en otras palabras, a la observancia de la cláusula de progresividad como un medio, no como un fin.

El Estado es el espacio propicio u hostil a la realización de los derechos, se observa que solo un tipo muy especial de Estado será el apto para dar vida a los derechos sociales. Se intuye que debería cumplir con varios de los requisitos expuestos en el modelo ideal de Estado democrático presentado por el profesor Elías Díaz, sin embargo, y atendiendo a las recomendaciones hechas por él, corresponde a un proceso democrático el pensar qué otras condiciones se requieren, y son aceptables y compatibles con los derechos fundamentales, para hacerlos posibles, pero por lo pronto sea dicho, se requiere una pronta y contundente revitalización del Estado hacia lo social, para reencauzar el curso de la historia contemporánea, y centrar a las personas, nuevamente, como fin de la actuación y razón de ser de los Estado, es decir, como debe ser.

Si nos remontáramos en el tiempo, hablando en sentido figurado, y fuésemos testigos de las reuniones de negociaciones para la fundación de algo llamado Estado moderno, es decir, de un ente ficticio que tendrá por objetivo llevar a cabo la realización

de varias tareas que consideramos valiosas para tener una vida buena, muy probablemente encontraríamos que dentro de los pactos logrados se encuentran condiciones de vida necesarias para todas las personas: una forma de ganarse la vida en condiciones dignas, la forma de aprender a hacerlo, un lugar adecuado donde reposar nuestras cabezas y sueños, alguien que nos cure cuando estamos en enfermedad.

Además, debido a la variedad de intereses y aptitudes naturales al ser humano, encontraríamos que algunas personas serían proclives a manejar dicho ente y representar los intereses de todos, mientras otras se limitarían a desarrollar otro tipo de actividades, por lo que, dentro de los pactos originarios encontraríamos mecanismos de selección de los primeros y mecanismos de sanción y corrección.

Esto debido a que se necesita alguna forma de poner orden al caos que significará que convivan en el mismo espacio personas disímiles, que muchas veces verán cómo chocan sus intereses con los de otras. Hemos superado pues, la época del reinado de la ley del más fuerte. Ahora bien, debido a que el sistema económico y de producción que acompaña a dicho ente es uno en el que se valora fuertemente la propiedad privada, se requiere limitar que quienes más propiedad tengan, anulen a quienes no se encuentran en la misma situación.

Si la anterior es en teoría una descripción más o menos cercana a la de los textos de teoría del Estado, ¿en dónde está el fallo? ¿Se puede reconducir todo a la naturaleza humana y a la ambición? ¿Está bien jurídicamente que gracias a la lotería de la vida, el más pobre siga en la pobreza absoluta? Definitivamente la única respuesta al por qué se incluyen ciertas cuestiones como derechos y sus correlativas obligaciones está en la juridificación de cierta parte de la moral, en este caso, la de la solidaridad. El quedarse indiferente ante la mala situación de otros seres humanos, es equivalente, a botar a la basura la mitad de la comida de un plato no terminado frente a los ojos de quien tiene hambre desde hace varios días. No es jurídicamente punible, pero a todas luces es moralmente repugnante.

Que los particulares vean a alguien vivir en la pobreza¹⁹⁸ y no hagan algo al respecto no es ilegal¹⁹⁹, pero que sea el Estado quien se mantenga indiferente a la situación sí lo es. El Estado no puede consentir que la cosmovisión insolidaria de unos pocos poderes fácticos privados²⁰⁰, trate de imponerse como cosmovisión general. Solo viene el estado de naturaleza hobbesiano a la mente cuando se piensa en ello.

¹⁹⁸ Pensaba al redactar esta parte, que sumir a una persona en la pobreza no sería ilegal, pero cambié de parecer, pues si la intención de sumir a alguien en la pobreza es ilegal en el derecho civil y penal, y daría lugar en algunos ordenamientos jurídicos a acciones como la penal por emisión de cheque falso o la civil de enriquecimiento sin justa causa ¿Entonces por qué no habría de serlo en la teoría de los derechos fundamentales?

¹⁹⁹ Aunque hay tesis radicales, como la de Peter Singer, que sostienen que la indiferencia con el hambre ajena es equivalente a la omisión de socorro y debería ser punible, pues la inacción ha cobrado las vidas de millones de personas en el mundo por inanición, y sería lo mismo dejar morir ahogado en un estanque a un niño que permitir que muera de hambre en África.

²⁰⁰ Esto recuerda la descripción de las corporaciones como psicópatas, de acuerdo con lo expuesto por Mark Achbar, Jennifer Abbott y Joel Bakan en el documental de 2003, "The Corporation".

Capítulo Segundo

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y GARANTÍAS

Se indicó en el anterior capítulo, que los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, ello implica reconocerles el trato de derechos subjetivos que merecen, por lo que en este capítulo es procedente entrar a dilucidar cómo esto ocurre. Se explicará entonces qué son las garantías, pues se entiende que el problema de exigibilidad de los derechos radica no ya en que no sean normas jurídicas exigibles, sino en la falta de estipulación de sus mecanismos de reforzamiento, es decir, se debe diferenciar derechos de garantías.

Una vez revisado este asunto, es procedente abordar los diferentes tipos de garantías que existen, pues ello permitirá entender la diferencia con mayor claridad, e identificar los varios mecanismos que existen, tanto a nivel interno como del derecho internacional. Así pues, se confirmará de nuevo, que los problemas de los derechos sociales son más bien falencias en el entendimiento de su sistema de garantías. Se hará un especial énfasis en el papel de sus titulares, es decir de las personas mismas, como un tipo especial de garantía de los derechos fundamentales, tanto en el marco institucional como fuera de él.

Por último, se revisará el tema de la justiciabilidad de los derechos sociales. Este tópico, casi tabú entre los y las juristas, es de vital importancia para entender cómo funcionan las garantías con relación a los derechos sociales, y así evidenciar que en la actualidad sí es posible acudir a la jurisdicción para obtener protección de este tipo de derechos, pero no solo los tribunales tienen un papel importante al respecto, pues se tendrá oportunidad de analizar que la jurisdicción, no es el único espacio en donde se pueden hacer exigibles, pues la Administración también es un espacio idóneo para tal fin. En general, se podrá apreciar que la exigibilidad de los derechos sociales no es una cuestión de 'cortes entrometidas', sino un asunto de responsabilidad compartida entre las varias ramas del poder público y sus titulares.

2.1 Garantías de los derechos fundamentales

Para entrar a definir lo que es una garantía, es importante primero dedicar un aparte a los dos equívocos comunes al referirse a esta institución jurídica. Carolina Silva Portero²⁰¹ pone de manifiesto que el primer equívoco es utilizar las palabras 'derecho' y 'garantía' en forma sinónima, y el segundo, entender en un sentido unívoco 'garantía' como responsabilidad del Estado al hablar de derechos fundamentales.

El primero proviene de su utilización en el lenguaje común y cotidiano de las dos palabras, y de las ambiguas estipulaciones constitucionales bajo la fórmula 'se garantiza el derecho a'. Más adelante se presentará en detalle el tema 'derecho y garantía', pues si bien son instituciones jurídicas cercanas, son diferentes, pero sea dicho desde ya, que el derecho (subjetivo) se relaciona con "la expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)" ²⁰², mientras que la garantía es "toda obligación correspondiente"²⁰³ a dicho derecho (subjetivo).

En parte se puede achacar este equívoco también al olvido en que la Teoría General del Derecho mantuvo esta institución, pues aunque no le es ajena, se restringió al derecho civil. Explica Luigi Ferrajoli²⁰⁴, que "[p]or *garantía* se entiende, en el lenguaje de los civilistas, un tipo de instituto, derivado del derecho romano (cita retirada), dirigido a asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los correspondientes derechos patrimoniales (cita retirada)."²⁰⁵ Identificándose las garantías reales y las personales, como mecanismos para dicho reforzamiento.

²⁰¹ Carolina Silva Portero, "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en Ávila, Ramiro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 56 y 57

²⁰² Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 63.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Id.*, p. 60 y 61. El autor indica este mismo hecho en su libro *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia, Vol. 1*, Trotta, Madrid, 2011, p. 630. Pero en esta ocasión agrega que de acuerdo con el método axiomatizado (deóntico) en el que fundamenta su trabajo, se trata no solo de una categoría general para la teoría del Derecho, sino de un término primitivo, que define como "la obligación o la prohibición correspondiente a las expectativas positivas y negativas" (ó derechos).

²⁰⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 60.

A mediados del siglo XX ocurre una resignificación del término con relación a los derechos fundamentales, ello con la introducción del neologismo "Garantismo", para referirse a los fenómenos de garantías constitucionales y de garantismo penal (propriadamente dicho)²⁰⁶. Lo primero debido al movimiento de constitucionalización ocurrido desde principios del siglo XX en varios países, y que tuvo dos consecuencias: constituciones rígidas e inclusión de los derechos fundamentales en los textos constitucionales²⁰⁷. Lo segundo, como respuesta teórica de la cultura jurídica italiana de izquierda de la segunda mitad de los años setenta del Siglo XX, a la jurisdicción y legislación de emergencia que proliferaron por ese entonces y debilitaron aún más el sistema de garantías procesales en Italia²⁰⁸.

En cuanto al segundo equívoco, proveniente del derecho internacional, se produce por entender que el Estado está únicamente obligado a 'garantizar' los derechos fundamentales, forzando así una sinonimia con los términos 'realizar' y 'normar', sin diferenciar estas categorías y excluyendo por ejemplo las garantías no institucionales. Un análisis más detallado permite evidenciar que los Estados tienen una serie más larga de obligaciones con relación a los derechos fundamentales, y que estas involucran a su vez un complejo entramado de garantías primarias y secundarias a nivel interno, por lo que no es adecuado referirse a 'garantizar los derechos', sin al menos tener consciencia de la diferencia que ello supone en el contexto internacional y en el nacional, y de que la garantía de derechos incluye también abstenciones. A continuación se presentarán algunas tipologías que permiten evidenciar con mayor detalle esta situación.

²⁰⁶ Íd., p. 61

²⁰⁷ Rodrigo Uprimny y César Rodríguez, "Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia", en Arcidiácono Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010, p. 243. Explican los autores que se pueden diferenciar al menos cuatro tipos de constituciones dependiendo de su contenido (formal-procedimental o material) y fuerza vinculante (documento político o normativa), pero que la más común en la actualidad es la que incluye valores, derechos y tiene plena fuerza normativa.

²⁰⁸ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., íd., p. 61.

2.1.1 Concepto de Garantía y tipologías

Páginas atrás se mencionó, que el derecho se diferenciaba de la garantía, porque el primero se relacionaba con la expectativa jurídica (positiva o negativa), mientras la segunda se refiere a los mecanismos para reforzar su cumplimiento; adicionalmente, se indicó que el neologismo 'Garantismo' permitió la resignificación y ampliación del uso del término 'garantía'. Por ello, indica Luigi Ferrajoli que el garantismo "resulta extensible, como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean éstos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales."²⁰⁹ Esto, porque dentro de su teoría, el autor entiende que es vital limitar el poder, cualquiera que sea su fuente y quien lo ejerza, pues no existen los "poderes buenos" que se autolimiten y cumplan espontáneamente las normas jurídicas, por lo que se requieren instituciones jurídicas de apoyo, previstas para evitar la violación del derecho²¹⁰.

En efecto, en términos generales se puede decir que garantía es "toda forma de *protección* a un derecho."²¹¹, pero para ser más exactos, y teniendo presente que su naturaleza es procesal o instrumental, se entenderá que garantía es "todo mecanismo para hacer efectivo un derecho"²¹². Así, los derechos existen independientemente de sus garantías, y no dejan de existir porque no cuenten con ellas; lo que queda en duda entonces es la efectividad de su ejercicio²¹³. A continuación se presentan las principales tipologías de garantías, y hacerlo permitirá evidenciar porqué el problema de los derechos sociales radica ya no en seguir debatiendo si son verdaderos derechos fundamentales o no, sino en la adaptación y resignificación de los sistemas jurídicos, sociales y políticos, para dar respuesta al cambio suscitado con la introducción de estos derechos, y la necesaria aparición de garantías que se adapten a ellos.

²⁰⁹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 62.

²¹⁰ *Ibíd.* Ver también al respecto su libro: *Poderes Salvajes. La Crisis de la Democracia Constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.

²¹¹ Carolina Silva Portero, "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", Op. Cit., p. 58.

²¹² *Íd.*, p. 66.

²¹³ *Íd.*, p. 62.

a. *Tipología(s) de Luigi Ferrajoli: garantías primarias y secundarias*

Antes de presentar la tipología de garantías elaborada por Luigi Ferrajoli, y que es clave para entender la propuesta del presente trabajo, es importante mencionar los dos principios garantistas que sugiere el autor para la teoría general del derecho, haciendo extensivas sus reflexiones sobre el garantismo penal en *Derecho y Razón*²¹⁴, a los derechos sociales. Él identifica los principios (de alcance general) de *legalidad* y de *jurisdiccionalidad*, señalando que el primero, hace referencia a que las prestaciones que introducen los derechos sociales requieren que las leyes prevean “unívocamente sus presupuestos vinculantes e identifiquen con claridad sus órganos y procedimientos.”²¹⁵; siendo ello relativamente fácil para algunos derechos sociales, él presenta el ejemplo del derecho de subsistencia, mientras que para otros como el trabajo o la vivienda, que suponen la introducción de legislación social, resulta mucho más difícil²¹⁶. El segundo principio, hace referencia a la accionabilidad en juicio de los derechos que han sido lesionados por comisión u omisión²¹⁷.

Este principio no es analizado a profundidad por el autor en *Derecho y Razón*, pero allí deja sentada su postura sobre la necesidad de reformar el sistema de legalidad civil y administrativa, para que los derechos sociales dejen de ser expectativas y puedan ser exigidos como derechos^{218 219}.

²¹⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917 y 918.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ *Ibíd.*

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ *Ibíd.*

²¹⁹ Como se verá a continuación, este tema fue desarrollado por Luigi Ferrajoli en obras posteriores de manera exhaustiva, a partir de la construcción teórica de la diferencia entre derecho y garantía, uno de los postulados eje de su trabajo y que se inició alrededor de 1996-1997 cuando inició la redacción de *Principia Iuris*. Uno de los primeros trabajos en que presenta el método axiomático y la diferencia entre garantías y derechos es “Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho”, en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* Nº 20, 1997 (Trad. de Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero). Sin embargo, en dicho texto el autor indica que es un tema que ha trabajado rudimentariamente desde 1965, y que culminó en 2007 con sus tres tomos de *Principia Iuris*.

Ahora bien, en obras posteriores Luigi Ferrajoli²²⁰ desarrolla el tema y clasifica las garantías en *primarias o sustanciales* y *secundarias o jurisdiccionales*. Las primeras, son las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos; las segundas, son las obligaciones de los órganos judiciales de imponer coactivamente el cumplimiento de los derechos subjetivos protegidos, una vez las garantías primarias han fallado o su aplicación ha sido defectuosa²²¹.

Como se observa, el autor desarrolla los principios de legalidad y jurisdiccionalidad, dándoles el nombre de garantía primaria y secundaria respectivamente. En este último caso, el autor subdivide adicionalmente las garantías secundarias en garantías de *responsabilidad*, si se trata de actos ilícitos (informales), y de *anulabilidad*, cuando la violación de derechos la produjo un acto inválido; y señala que en sentido lato las garantías secundarias son garantías reparatoras "dirigidas a eliminar o reducir el daño producido o a intimidar y castigar a los responsables."²²²

Indica adicionalmente, que las garantías secundarias de anulabilidad solo serán *reparatoras*, mientras que las garantías secundarias de responsabilidad serán de tres tipos: (1) reparatoras – ejecución de la obligación debida; (2) semireparatoras – resarcimiento del daño; y (3) no reparatora – reparación en sentido simbólico, típico caso de las sanciones penales.²²³ En este punto el autor revela un asunto clave de su construcción teórica, pues considera que las garantías secundarias, inclusive siendo del tipo reparator, no consisten jamás en la "inmediata satisfacción o no violación de esos derechos, o sea, en

²²⁰ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 64. También: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Op. Cit., p. 180 a 196; y *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 59 a 72 y 15 a 35. Aunque el autor ya había desarrollado esta tesis en 1997 en su trabajo publicado en España en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho N° 20*, pero de manera algo confusa, y presenta la versión acabada en *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*, Vol. 1, Op. Cit., p. 624 y ss.

²²¹ El autor indicaba ya en 1997 precisamente que la diferencia entre garantías primarias y secundarias se encontraba en el hecho de que "la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas entra en acción eventualmente, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos." "Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho", *Doxa N° 20*, Op. Cit., p. 250. En el mismo sentido se expresa en *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 637, pero esta vez agrega respecto a la violación de las garantías primarias, que los actos ilícitos son actos *informales*, mientras los actos inválidos son *formales*.

²²² Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 637.

²²³ *Ibíd.*

la obediencia de los deberes correspondientes a los mismos, sino en la garantía de la anulabilidad de los actos inválidos y de la responsabilidad por los actos ilícitos que constituyen las desobediencias de sus garantías primarias"²²⁴.

No resulta muy adecuada esta consideración, si se tiene en cuenta que los derechos fundamentales son irrenunciables, por lo que la forma de reparar una violación será en muchos casos el restablecimiento del disfrute del derecho, por lo que la anulación o responsabilidad sí consistirán en la coacción a dar inmediata satisfacción del derecho vulnerado; en algunos casos será fácil, piénsese por ejemplo en un derecho económico como la jubilación, pero en otros, como el derecho a la vida, le asiste razón al autor, pues la garantía secundaria no podrá en ninguna forma devolver el ejercicio del derecho, sino resarcir el daño causado y sancionar al responsable.

En adición a lo anterior, Luigi Ferrajoli²²⁵ identifica dos tipos de garantías primarias: las negativas y las positivas. Las garantías primarias negativas o *liberales*²²⁶ son los límites o prohibiciones impuestos por los derechos de libertad, mientras que las garantías primarias positivas o *sociales*²²⁷, son los vínculos u obligaciones impuestas por los derechos sociales. No resulta muy afortunada por demás esta clasificación, por cuanto todos los derechos fundamentales suponen tanto una faceta positiva o prestacional como una faceta de abstención de parte del Estado, pero a efectos pedagógicos, sirve para presentar de manera ordenada los tipos de obligaciones que le incumben al Estado. De manera similar, Luigi Ferrajoli ²²⁸ identifica dentro de las garantías secundarias: el control de constitucionalidad de las leyes y la accionabilidad en juicio de todos los derechos subjetivos, dentro de los que se incluyen claro está, todos los derechos fundamentales.

Es preciso en este momento señalar la principal garantía primaria, que no es otra, que la constitucionalización de los derechos fundamentales. El autor indica, que incluir los derechos fundamentales en una norma jurídica, aún cuando no se incluyan en ella de

²²⁴ Íd., p. 638

²²⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 66 y 67.

²²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 64.

²²⁷ Íd., p. 63

²²⁸ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 66

manera específica sus garantías primarias, es decir, la obligación o prohibición, los titulares y los obligados, es precisamente una previsión jurídica, valga la tautología, y por tanto, no puede ser ignorada, pues se trata de una expectativa que jurídicamente existe. Además, las garantías, en palabras del autor, 'realizan a nivel teórico la *completitud deóntica* del sistema'²²⁹, por lo que su ausencia simplemente vicia al sistema jurídico de una *laguna deóntica*, que debe ser llenada bien por el intérprete, bien por el legislador²³⁰.

Será una *laguna primaria* si falta la estipulación de la obligación o prohibición que constituye la garantía primaria del derecho subjetivo, mientras que será *laguna secundaria*, si lo que falta es el establecimiento de un órgano obligado a aplicar las garantías secundarias. Pero Ferrajoli hace una diferencia adicional, pues para él las lagunas secundarias no son lagunas deónticas sino *lagunas jurídicas*, pues se trata de la falta de presupuestos normativos u organizativos de las garantías secundarias, tales como: (1) previsión normativa de sanciones para los actos ilícitos y de anulación para los actos inválidos, (2) la existencia de órganos encargados de su aplicación, (3) el poder o deber de actuar a tal fin en juicio²³¹.

Indica Luigi Ferrajoli, que la forma de solucionar las lagunas deónticas es lógica, pues se trata de normas jurídicas imperfectas pero vinculantes –en este caso expectativas sin imperativos–, cuyos sujetos titulares e imperativos correspondientes es posible deducir, a través de la interpretación. Sin embargo, las lagunas jurídicas son lagunas de Derecho positivo, por lo que no se pueden implicar lógicamente por las expectativas garantizadas, sino que deben ser producidas por actos normativos de Derecho positivo²³².

Agrega el autor, que la laguna es lamentable, pero que no resta valor jurídico al derecho, y que la solución – sencilla por demás – está en que el Legislador cumpla su obligación de llenarla²³³. En lo referido a las lagunas secundarias, queda la sensación de

²²⁹ Luigi Ferrajoli, "Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho" Op. Cit., 251

²³⁰ *Ibíd.*

²³¹ *Íd.*, p. 253

²³² *Ibíd.*

²³³ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 73

que el autor evade dar una respuesta concluyente, pues se limita a expresar que en ese aspecto no se puede hablar de normas implícitas, y diluye la cuestión indicando que el asunto no es objeto de análisis de la teoría sino de la dogmática jurídica, y que en tal caso, se deberá exponer la laguna y el intérprete deberá llenarla²³⁴; pero luego es enfático en denunciar que la violación de las expectativas (o derechos) por parte de los poderes públicos es una *antinomia* y que como tal, es obligatorio sancionar los *actos ilícitos* o anular los *actos inválidos*^{235 236}.

Si bien le asiste razón al autor en este punto pues no se pueden mezclar los planos óntico y deóntico, las lagunas secundarias son un aspecto que un teórico no debe olvidar y debe exponer con preocupación, pues no de otra forma se influirá de forma favorable en la dogmática (normas de un ordenamiento concreto). Aunque no exista en todos los ordenamientos jurídicos una figura única de solución de esta dificultad, es usual que los legisladores hayan previsto en los códigos civiles cláusulas residuales de competencia, e inclusive, la constitucionalización en el siglo XX va acompañada de la expresa previsión de acciones constitucionales que permitirían dar una respuesta a este tipo de problemas, por lo que no se estaría en la indefinición total o en el borde del abismo de las normas implícitas para integrar por vía de interpretación competencias o procedimientos judiciales no reglados.

De hecho, la 'positividad' del Derecho es un tema que Luigi Ferrajoli no pierde de

²³⁴ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 193 a 195. Aunque en *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 62, el autor ya no se refiere al intérprete, solo indica que el legislador debe colmar la laguna, pero expresa que este puede ser: ordinario, constitucional o internacional (íd. p. 63), sin aclarar si entiende incluidos o no a los Tribunales Constitucionales en esta categoría.

²³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 63 y "Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho" Op. Cit., 253

²³⁶ En *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p 638, el autor parece haber decantado su postura con relación a las lagunas secundarias y resignarse a que se trata de una laguna no solucionable mediante la interpretación. Si bien menciona que se trata de casos excepcionales, aunque sean regla general en el derecho internacional, se nota un cierto tono pesimista al respecto, en especial cuando utiliza el ejemplo de los derechos sociales y su falta de accionabilidad, el autor incurre en una grave contradicción, pues él mismo indica que no se pueden mezclar los planos teórico y dogmático, y al claudicar en su esfuerzo teórico describiendo la realidad de los sistemas jurídicos, está desconociendo su postulado fundamental de que los derechos aun cuando en ocasiones estén positivados de manera imperfecta, no dejan de ser vinculantes a todo el sistema jurídico y a sus operadores.

vista, y por tal razón, sostiene que no se pueden confundir los derechos y las garantías, pues hacerlo, supone "anular una buena parte de las más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo XX"²³⁷, además de contradecir "la tesis de la naturaleza *positiva* –o *nomodinámica*, en el léxico kelseniano– del derecho moderno."²³⁸ En su concepto, sostener que un derecho no garantizado no existe, aunque exista la norma que lo garantiza, es una tesis poco iuspositivista²³⁹.

Una última tipología que se puede extraer de la tipología elaborada por Luigi Ferrajoli, es la de garantía débil y fuerte, y los correlativos derechos débiles y fuertes²⁴⁰. Explica el autor, que cuando existen normas jurídicas imperfectas, es decir, que solo introducen las expectativas de obligación o prohibición sin las respectivas garantías primarias y/o secundarias, el legislador está en la obligación de crear normas jurídicas para llenar las lagunas (primarias o secundarias) existentes, esta obligación es la *garantía débil*; por el contrario, se hablará de garantías fuertes si el legislador introdujo tanto las garantías primarias y secundarias, lo que a la vez permitirá hablar de derechos fuertes en este último caso, y de derechos débiles en el primero.

Por último, vale la pena señalar el problema del abismo entre norma y realidad que el autor describe así: "entre los derechos solemnemente proclamados en las diferentes cartas constitucionales y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren, resulta contraria al derecho positivo vigente y se debe, principalmente, no ya a dificultades técnicas sino a la permanente falta de disposición de los poderes – cualesquiera que sean – a sufrir el coste de los límites, las reglas y los controles."²⁴¹ (Resaltado y negrita fuera de texto)

²³⁷ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 73.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ *Ibíd.* En el mismo sentido se expresa el autor en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 181.

²⁴⁰ Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris*, Vol. 1, Op. Cit., p. 654

²⁴¹ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 75

b. Tipología de Gregorio Peces-Barba

El profesor Gregorio Peces Barba²⁴² presenta una clasificación de las garantías tomando en cuenta si se trata de mecanismos internacionales o internos, y los internos los divide en dos categorías: (1) garantías generales, para referirse a "los principios que definen el Estado y que permiten mantener y caracterizar una visión integral de los derechos"²⁴³; y (2) garantías específicas, que son los mecanismos de protección jurídica de los derechos, propiamente dichos²⁴⁴. A continuación se presenta la figura N° 3, en donde se resume esta clasificación.

Figura N° 2

TIPO DE GARANTÍA	DESCRIPCIÓN
I. INTERNAS	
A. GENERALES	1. El Estado de Derecho <ul style="list-style-type: none"> a. Limitación del poder a través del Derecho y los derechos fundamentales b. Principio de separación de poderes c. El principio de legalidad y gobierno de las leyes d. Existencia de una obligación jurídica de obediencia (vinculación de los poderes públicos y de los particulares a las normas jurídicas) 2. El Estado democrático <ul style="list-style-type: none"> a. Participación b. Pluralismo político 3. El Estado social <ul style="list-style-type: none"> a. Actuación positiva del Estado para la realización de los derechos fundamentales (en especial los sociales)
B. ESPECÍFICAS	
1. De regulación	Se refiere al principio de legalidad en sentido amplio. Presenta dos dimensiones: 1.Desarrollo y aplicación (de las normas jurídicas sobre derechos fundamentales) 2.Reforma (mediante procedimientos cualificados diferentes de las otras normas)
2. De control y fiscalización	Supervisión de la incidencia de la actividad de los entes administrativos en los derechos fundamentales y libertades públicas.
3. De interpretación	Los distintos mecanismos presentes en el Derecho para que la interpretación de las normas se haga en favor del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales.
4. Internas al Derecho	Respeto al contenido esencial de cada derecho.
5. Judiciales	Exigibilidad de derechos ante tribunales de justicia. Hay dos clases de garantías: ordinarias y constitucionales. Adicionalmente se diferencian en: 1.Garantías sobre la regulación de los derechos <ul style="list-style-type: none"> a. Abstractas (recurso inconstitucionalidad) b. Concretas (cuestión de inconstitucionalidad) 2.Garantías del ejercicio y disfrute <ul style="list-style-type: none"> a. Amparo judicial ordinario b. Amparo constitucional

²⁴² Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 501 a 568.

²⁴³ Íd., p. 503

²⁴⁴ Íd., p. 505

II. INTERNACIONALES

A. UNIVERSALES	<p>A través de dos mecanismos básicos:</p> <p>1. Vía de control por informes: al Comité de Derechos Humanos lo relativo al Pacto de derechos civiles y al Consejo Económico y Social (delegó al Comité DESC en 1987) lo referido al PIDESC. "Básicamente el valor de este mecanismo de control es, en última instancia, el de ejercer una presión política con el objetivo de que los derechos fundamentales no sean transgredidos en ámbito nacional."²⁴⁵</p> <p>2. Vía de control por medio de la reclamación: solo Pacto de derechos civiles y su protocolo, pues protocolo opcional de 'Desc' aún no entra en vigencia. Este control se compone de una acción ante el Comité de Derechos Humanos, interpuesta por: denuncias entre Estados y denuncias de individuos de los Estados partes contra estos.</p>
B. ACUERDOS REGIONALES	<p>Dependerá de las condiciones negociadas para crear cada sistema regional. Adicionalmente, se debe tener presente si el Estado hace parte o no de acuerdos supranacionales, que contemplen un tribunal que dirima conflictos de derechos fundamentales y en qué grado puede hacerlo, por ejemplo, la Unión Europea y el cruce de competencias que presenta en la actualidad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*.</p> <p>Los dos sistemas más desarrollados hasta el momento (sin restar el mérito del relativamente joven Sistema Africano) son el Europeo, cuyos instrumentos fundantes son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y sus Protocolos Adicionales, que establecen la existencia y funcionamiento del Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y el Interamericano, establecido con la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)²⁴⁶ o Pacto de San José, y el Protocolo adicional sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (1988) o Protocolo de San Salvador, y que está regido por dos organismos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p>

*Ver nota ²⁴⁷

Fuente: elaboración propia

²⁴⁵ Íd., p. 549

²⁴⁶ Si bien la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 es un antecedente directo del sistema, no tiene fuerza vinculante ni lo estableció.

²⁴⁷ La Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ó Tribunal de Estrasburgo) indica frente a los múltiples Protocolos adicionales que la vigencia es la siguiente (comentario preliminar a la versión oficial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf (30-VII-2012): "El texto del Convenio fue anteriormente modificado por las disposiciones del Protocolo nº 3 (STE no 45), que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970, del Protocolo no 5 (STE no 55), que entró en vigor el 20 de diciembre de 1971 y del Protocolo no 8 (STE no 118), que entró en vigor el 1 de enero de 1990. Incluía asimismo el texto del Protocolo no 2 (STE no 44) que, de conformidad con su artículo 5 párrafo 3, formaba parte integrante del Convenio desde su entrada en vigor el 21 de septiembre de 1970. Todas las disposiciones modificadas o añadidas por dichos Protocolos fueron sustituidas por el Protocolo no 11 (STE no 155), a partir de la fecha de su entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998. Desde esa fecha, el Protocolo no 9 (STE no 140), que entró en vigor el 1 de octubre de 1994, quedó derogado y el Protocolo nº 10 (STE nº 146) quedó sin objeto. El texto del Convenio se presenta tal y como ha sido modificado por las disposiciones del Protocolo nº 14 (STCE nº 194) a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010."

c. Tipología de Gerardo Pisarello

Gerardo Pisarello²⁴⁸ presenta una tipología más amplia que la de Luigi Ferrajoli, pues, entre otras cosas, incluye a los titulares de los derechos como responsables de su protección como se verá más adelante. El autor realiza una clasificación de las garantías de acuerdo con tres criterios, los **sujetos** encargados de su tutela, el **alcance** de los mecanismos de tutela y las **escalas** de actuación de estos mecanismos. Se presenta la clasificación en el siguiente esquema:

Figura N° 3

Criterio de clasificación	Categorías	Descripción
I. SUJETOS	1. Institucionales: Mecanismos de protección de los derechos, encomendados a los poderes públicos.	a. Políticas (Legislativo y Ejecutivo) b. Semi-políticas (órganos externos de control político) c. Jurisdiccionales (tribunales independientes): - Ordinarias – según materia: civil, penal, contencioso-administrativo, laboral o social, etc. - Especiales – tribunales superiores o específicamente constitucionales. Su objetivo es establecer mecanismos de control y reparación en aquellos casos en los que las garantías jurisdiccionales ordinarias resultan insuficientes o en los que la vulneración de los derechos puede atribuirse a actuaciones u omisiones del propio legislador. d. Semi-jurisdiccionales
	2. Extra-institucionales o Sociales	Resguardo de derechos en cabeza de sus propios titulares: a los ciudadanos, individual o colectivamente considerados, o, en general, a todas las personas.
II. ALCANCE	1. Primarias	Las que establecen o delimitan el contenido de los derechos e imponen obligaciones a los poderes públicos y a los particulares.
	2. Secundarias	Técnicas de tutela consistentes en la previsión de controles y de vías de reparación en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias.
III. ESCALAS	1. Estatales	Las que definen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de control y reparación en el ámbito de los estados centrales.
	2. Infraestatales	Las que los prevén en el ámbito municipal o sub-estatal.
	3. Supraestatales	Las que establecen órganos, contenidos, obligaciones y mecanismos de tutela en ámbitos regionales e internacionales.

Fuente: elaboración propia

²⁴⁸ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 111 y ss.; y del mismo autor: "Derechos Sociales y sus Garantías: Notas para una Mirada 'Desde Abajo'", en Courtis, Christian y Ávila, Ramiro, *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009, p. 47 y ss.

La clasificación retoma el trabajo de Luigi Ferrajoli al referirse al criterio de alcance, pues coincide en lo básico con lo dicho por el autor italiano y presentado páginas atrás. Adicionalmente, tiene en cuenta un criterio de escalas, tal como lo hizo el profesor Peces-Barba, lo que permite dimensionar las garantías no solo en el plano nacional, sino también fuera de él; sin embargo, el mérito de Gerardo Pisarello está en haber desarrollado una teoría más amplia con relación al papel que ejercen los propios titulares de los derechos fundamentales, ya no solo a través de la puesta en funcionamiento de las garantías secundarias, sino ahora dentro del ejercicio mismo de la democracia participativa y la elaboración de las garantías primarias e institucionales²⁴⁹. Ello sucede de la siguiente forma²⁵⁰:

1. En la tutela constitucional de los derechos sociales: esto ocurre de dos formas, una histórica, relacionada con la determinación de la participación de los destinatarios de los derechos en el momento constituyente, y una jurídica, que tiene que ver con la forma en que las personas podrían participar en la reforma de ese contenido²⁵¹.

2. En la tutela legislativa de los derechos sociales: esto sucede a través del ejercicio del sufragio, pues los ciudadanos pueden escoger las opciones políticas que les convenzan, y en algunos casos, les asiste el derecho de revocar el mandato de aquellos representantes que incumplan el "contrato electoral".²⁵² En países como España y Colombia, entre otros,

²⁴⁹ Se debe realizar en este punto la advertencia de que a diferencia de los dos autores presentados que hablan de manera general de los derechos fundamentales, Gerardo Pisarello centra sus análisis en los derechos sociales, por lo que para respetar su trabajo se hablará de derechos sociales en lo sucesivo, sin que ello implique excluir a los demás derechos fundamentales, pues bien pueden hacerse extensivas las consideraciones presentadas por el autor.

²⁵⁰ Gerardo Pisarello, "Derechos Sociales y sus Garantías: Notas para una Mirada 'Desde Abajo', Op. Cit., p. 35 y 36.

²⁵¹ *Id.*, p. 36 y 37.

Explica el autor que en España, la participación social en tal momento fue más bien poca debido a que la transición a la democracia tuvo un tinte elitista y partidista, lo que probablemente incidió en la positividad debilitada de los derechos sociales y en la imposibilidad de la participación ciudadana directa en las reformas constitucionales: "La determinación del contenido constitucional de los derechos, incluidos los derechos sociales, fue el resultado, más que de una amplia participación social, de un acuerdo entre las élites de los partidos que protagonizaron la transición del régimen franquista a la monarquía parlamentaria. No se votó una asamblea constituyente en sentido estricto, muchas fuerzas políticas y sociales no tuvieron representación adecuada en el debate constituyente y la participación, en realidad, se limitó a un pronunciamiento del tipo todo o nada en el referéndum de ratificación."

²⁵² *Id.*, p. 38

les asiste a las personas la posibilidad de presentar directamente: derechos de petición (acción a nivel individual) e iniciativas legislativas (acción a nivel colectivo)²⁵³.

3. En la tutela administrativa de los derechos sociales: Este mecanismo es similar al anterior, pues se refiere a las normas que rigen la administración pública y la prestación de servicios públicos. Aquí se ubican mecanismos de participación ciudadana tales como los presupuestos participativos, que permiten a los ciudadanos incidir en la toma de decisión sobre el destino de los recursos públicos. Resultaría ser un mecanismo útil a la protección de los derechos sociales, pero aún falta camino por recorrer, pues perdura la cultura de una administración, al mejor estilo de "El Nombre de la Rosa", secreta, minoritaria, opaca y silente²⁵⁴.

4. En la tutela jurisdiccional de los derechos sociales: la ausencia de normas, la configuración defectuosa de los derechos fundamentales, la inaplicación o la aplicación arbitraria de estas normas, dan lugar a que se activen las garantías secundarias, es decir aquellas establecidas para controlar, y, reparar vulneraciones de las garantías primarias. Esta labor es encomendada a (1) entidades de control externo de la administración, por ejemplo Defensorías del Pueblo, Inspectores de Trabajo, divisiones de Fiscalías encargadas de casos de corrupción; (2) órganos jurisdiccionales o tribunales. En este caso, se debe tener en cuenta si se trata de garantías jurisdiccionales ordinarias o especiales.

Este tipo de garantía resulta particularmente importante para la democracia pues, en palabras de Gerardo Pisarello²⁵⁵:

"Vistos 'desde abajo', los espacios jurisdiccionales también pueden concebirse como espacios de participación y de disputa jurídico-política en los que minorías vulnerables o grupos en situación de urgencia pueden hacer valer argumentos frente a los que los canales representativos,

²⁵³ Íd., p. 38 y 39.

Indica Gerardo Pisarello que este mecanismo es aún imperfecto, entre otras razones, por (1) excluir de tajo a las y los extranjeros, así paguen impuestos y residan de largo tiempo en el país de destino; (2) por los costos económicos que supone una empresa de tal magnitud a sus promotores; (3) por la limitación de materias sobre las que una iniciativa ciudadana podría versar; y (4) los cambios que la iniciativa original puede llegar a sufrir durante su trámite en los parlamentos.

²⁵⁴ Íd., p. 44 y 45

²⁵⁵ Íd., p 47 y 48

sólo fiscalizables de manera periódica, suelen permanecer blindados. (Cita retirada) De este modo, la garantía jurisdiccional que se expresa en la sentencia o en la decisión de un juez o de un magistrado aparece como un producto inconcebible sin las razones aportadas por las partes a modo de garantía social.”

A nivel colectivo resultan interesantes y adecuadas para la tutela de los derechos sociales, las relativamente nuevas formas de litigio, tales como las acciones populares o de interés público, las acciones de grupo (o clase – *class actions*), los recursos de tutela y de amparo colectivo, y la legitimación colectiva reconocida a grupos y asociaciones de consumidores y usuarios de servicios públicos. Con ellas se supera en alguna forma la limitada forma tradicional iusprivatista de litigar los derechos individuales²⁵⁶.

Por otra parte, el autor presenta las garantías sociales como vías de acción directa de defensa o reclamo de un derecho social en ámbitos no institucionales. Lo primero que se debe decir, es que las garantías extra-institucionales no equivalen, a operar contra las instituciones o contra la legalidad²⁵⁷. Ejemplo de estas garantías son: (1) la negociación de conflictos colectivos en el ámbito laboral; (2) las demandas de acceso a bienes comunales; (3) las empresas auto-gestionadas; (4) las asociaciones, mutuales, las cooperativas de producción y consumo; (5) los boicoteos de consumidores y usuarios; (6) las huelgas, manifestaciones, y protestas; y de manera más radical (7) las ocupaciones de inmuebles vacíos (fábricas, viviendas), tomas de espacios públicos, desobediencia civil y resistencia activa, entre otros que se pueden mencionar²⁵⁸, y debería agregarse a esta lista un elemento no mencionado por el autor, (8) la presión de la opinión pública.

²⁵⁶ Id., p. 48

²⁵⁷ Id., p. 49

²⁵⁸ Id., p. 50 Gerardo Pisarello hace unas consideraciones en su texto, bastante relevantes, sobre los mecanismos de autotutela más radicales y los criterios que permitirían calificar su aceptabilidad. En el mismo sentido, Christian Courtis, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007, p. 34 a 36. Adicionalmente, recuerda que el uso del derecho penal y otras medidas punitivas para sancionar la puesta en funcionamiento de muchos de los mecanismos de garantías sociales es inaceptable, si no se tienen en cuenta estos criterios para ponderar la afectación de derechos fundamentales que están sufriendo las personas reclamantes y la afectación a derechos de terceros. Para no ir muy lejos, vale la pena mencionar el ejemplo de Sevilla – España, de la “Corrala Utopía”, que sin entrar de manera detallada en su descripción, consiste en la ocupación de un edificio de viviendas antes vacío y abandonado, por parte de varias familias desahuciadas de sus viviendas y/o sin ingresos por situación de paro, y el reclamo a las

La preocupación de Gerardo Pisarello se centra en los derechos sociales, por lo que pone de manifiesto que España ha sufrido de un problema más o menos similar al que sufren los países latinoamericanos, pues a esta clase de derechos fundamentales se les considera “concesiones institucionales más o menos arbitrarias y en todo caso revocables de acuerdo a las opciones del poder político de turno.”²⁵⁹ Se requiere profundizar aún más en los mecanismos de participación social que permitan poner en funcionamiento realmente las garantías sociales, pues tomarse las plazas públicas de España un 15 de mayo ha sido socialmente simbólico, pero jurídicamente insuficiente.

Vale la pena resaltar la advertencia hecha por este autor, cuando se refiere a la exigibilidad de los derechos sociales, y explica que una reconstrucción de la idea de garantías de los derechos sociales debe hacerse teniendo en cuenta una visión unitaria –e interdependiente– de todos los derechos, compleja con relación a los sujetos obligados a su satisfacción y las escalas de su tutela, y que permita la participación de la sociedad civil. Indica él: que “[u]na percepción de este tipo contribuiría, ante todo, a escapar a la

empresas de servicios públicos por restablecer la prestación, pues se encuentra afectada la calidad de vida de los y las ocupantes, en especial los adultos mayores.

En 2011, durante la 66ª Asamblea General de las Naciones Unidas, el tema de la criminalización de la protesta pacífica fue objeto de pronunciamiento por parte de la *Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos*, Sra. Margaret Sekaggya, en su informe anual (A/66/203), y por parte de la Asamblea misma, en la Resolución N° 164 (A/RES/66/164). Esto porque en el seno de NNUU se incluye dentro de la categoría de defensores de derechos humanos no solo a los miembros de Organizaciones No Gubernamentales organizadas, sino también a los grupos de personas que ocasionalmente se reúnen para reivindicar algún derecho fundamental.

El informe citado resalta que el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes estatales se dirigió a grupos de personas en protestas vinculadas a las demandas de reformas democráticas, el movimiento contra la globalización, los procesos electorales; demostraciones en pro de la paz; y derechos sobre la tierra, los recursos naturales y reclamos ambientales. Si bien los instrumentos mencionados no hacen referencia a una latitud geográfica específica, se debe indicar que el contexto histórico de aquel momento refería a los movimientos de Indignados de las plazas de España, a las protestas de la “primavera árabe”, especialmente Libia y Egipto, y al movimiento Occupy en Wall Street, a unas pocas calles de donde se realizaban las sesiones respectivas de NNUU.

²⁵⁹ Basta echar una mirada a la prensa para confirmar que las sospechas en este sentido son ciertas, pues para el momento en que se redacta el presente estudio, años 2011 y 2012, la crisis financiera ha golpeado implacablemente a España, y la solución adoptada por el Gobierno de turno ha sido recortar las prestaciones sociales – beneficios en salud, salarios, prestaciones extralegales a funcionarios de la administración, recorte de 10 puntos en la ayuda a las personas en paro, etc. – mientras ciertos status quo siguen incólumes – subvenciones para la libertad religiosa de la mayoría católica, gastos de funcionamiento de la administración (vehículos oficiales, auxilios por vivienda a diputados de fuera de Madrid), endeudamiento público para asistir al sector financiero, etc. – olvidando así los compromisos internacionales y regionales adquiridos en materia de derechos humanos por el país.

tentación de reducir la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales a la de su justiciabilidad.²⁶⁰ (Resaltado y negrillas fuera de texto)

2.2 Exigibilidad y Justiciabilidad de los derechos sociales

Pues bien, si se quiere escapar a la tentación de reducir la cuestión de los derechos sociales a su falta de exigibilidad en estrados judiciales, se tiene que empezar por clarificar que una cosa es la exigibilidad y otra la justiciabilidad de los derechos²⁶¹. Como su nombre lo indica, la exigibilidad se refiere a la facultad de solicitar el cumplimiento inmediato de un derecho fundamental²⁶², mientras que la justiciabilidad hace referencia a dicha facultad, pero en el ámbito restringido de un proceso judicial o cuasi-judicial²⁶³. Se puede entender entonces que la exigibilidad es el género, mientras la justiciabilidad es la especie²⁶⁴.

²⁶⁰ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, p. 112.

²⁶¹ Esta tesis es presentada por Jaume Saura Estapà, sin embargo, no estoy de acuerdo con sus planteamientos por lo que me ceñiré a indicar que la idea surgió luego de la lectura de su texto, pero me apartaré del desarrollo hecho por él en "La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (Desc)", en *Papeles el tiempo de los derechos*, N° 2, Universitat de Barcelona, Institut de Drets Humans de Catalunya, España, 2011, p. 4 y ss.

²⁶² Se toma como referencia la definición de la RAE del verbo exigir: "Pedir imperiosamente algo a lo que se tiene derecho.". La palabra exigibilidad no se encuentra definida por esta entidad, y al revisar diccionarios jurídicos se encontrará el término contextualizado en el derecho civil y mercantil, con relación a las obligaciones puras y simples, definiéndolo por ejemplo como la "Facultad de solicitar el cumplimiento o ejecución de una obligación" (definición tomada de <http://www.dwabogados.es/html/esp/rec/0.22/E/179/exigibilidad.htm>)

²⁶³ Entiendo por estos los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, administrados por particulares y con efectos similares a los de las sentencias judiciales, que también resultarían un lugar propicio para la protección de derechos sociales, especialmente si involucran a particulares como posibles vulneradores de derechos o responsables de su satisfacción, piénsese por ejemplo en los conflictos laborales y sindicales o en los de usuarios de servicios de salud pública gestionada por particulares como ocurre en Colombia.

²⁶⁴ Víctor Abramovich y Christian Courtis indican en *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 132 a 248, que existen dos tipos de formas de exigibilidad judicial de los derechos sociales, la directa y la indirecta, entendiendo por la primera el litigio directo de derechos sociales de manera autónoma, y por la segunda, el litigio de derechos sociales a través de su vinculación con derechos civiles y políticos. En este punto coinciden los planteamientos de Gerardo Pisarello, en especial en Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites, Op. Cit., p. 56 y ss.

Jaime Saura se apoya en el trabajo de Abramovich y Courtis para indicar que existe una diferencia entre la exigibilidad y la justiciabilidad, pero relaciona la exigibilidad con la exigibilidad judicial indirecta y la justiciabilidad con la exigibilidad judicial directa. En mi concepto el autor comete un yerro inintencionado,

Indica Luigi Ferrajoli²⁶⁵, que la justiciabilidad es la accionabilidad en juicio frente a los sujetos responsables de la violación de un derecho fundamental (liberal o social), sea por comisión u omisión. Por su parte, Víctor Abramovich y Christian Courtis la definen como "la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho."²⁶⁶, o visto desde otro punto de vista, sería según estos mismos autores: "el poder jurídico para actuar del titular del derecho en caso de incumplimiento de la obligación debida."²⁶⁷.

Esto teniendo en cuenta que las *garantías secundarias* entran en funcionamiento en caso de ausencia o de insuficiencia de las garantías primarias, y que al ser a la vez garantías institucionales, no están limitadas al ámbito jurisdiccional, sino que también pueden ser semi-jurisdiccionales. Se tendría entonces que la exigibilidad de los derechos no se limita a la jurisdiccional, sino que también existe otro espacio en que las personas pueden ejercer esta facultad o poder, pero entonces ¿cuál sería ese ámbito? Pues bien, no sería otro que el de las relaciones con la Administración.

El poder Ejecutivo es el encargado de hacer cumplir la ley, por lo que las normas emanadas del Parlamento tienen su realización a través de las acciones de la Administración Pública, por esta razón, se establece un procedimiento para que las personas se relacionen con aquella y presenten las reclamaciones que consideren pertinentes para solicitar el cumplimiento de sus derechos, incluyendo los sociales. A modo de ejemplo se pueden enunciar las siguientes formas de exigibilidad no judicial:

pues reduce la exigibilidad a la exigibilidad judicial, y haciendo caso de la advertencia de Gerardo Pisarello presentada en páginas anteriores, sucumbe a la tentación de reducir la exigibilidad a la justiciabilidad.

²⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 917.

²⁶⁶ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 37

²⁶⁷ *Ibíd.* Si bien la definición resulta adecuada, se debe tener precaución con ella, pues los autores hacen esta indicación porque entienden, que aunque las personas gocen de una prestación que satisfaga un derecho social (ponen el ejemplo de un grupo de personas amenazadas por el hambre que reciben alimentos de parte del Estado), si no tienen la posibilidad de reclamar judicialmente su incumplimiento, entonces no se podrá afirmar que gozan de ese derecho. Me parece que inintencionadamente en este texto los autores incurren en un error teórico, pues lo que en efecto sucede es que las personas sí gozan del derecho, pero por una parte, aún siguen estando afectadas por la falta de garantías secundarias, y por otra, están ante unas garantías primarias precariamente elaboradas. Sostener lo contrario, es adherirse al argumento que sostiene que los derechos sociales no son verdaderos derechos por cuanto no son exigibles judicialmente, argumento que ha sido desmontado en el presente trabajo desde el primer capítulo.

- Acciones en vía gubernativa
- Ejercicio del derecho de petición para solicitar cumplimiento de un derecho social.
- En combinación con garantías sociales – ejemplo típico, presupuestos participativos.

Por otra parte se encuentran los procesos cuasi-contenciosos, por ejemplo, peticiones a defensores del pueblo, ombudsman, superintendencias, entre otros organismos que no hacen parte de la Administración, pero tampoco son tribunales de justicia; piénsese por ejemplo en la relación entre los derechos de los consumidores y los derechos a la salud y a una alimentación adecuada, que darían lugar a un procedimiento para solicitar el retiro de alimentos transgénicos del mercado²⁶⁸.

Lo anterior parecen confirmarlo las palabras de Nicolás Espejo Y., al indicar que el Comité Desc de la ONU ha sostenido que el derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse única o necesariamente referido a uno jurisdiccional, pues en muchos casos, los recursos administrativos resultan ser "lo suficientemente adecuados para resolver la situación jurídica infringida.", claro está, si son recursos accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces y son susceptibles de revisión judicial²⁶⁹.

Se tiene entonces que la exigibilidad de los derechos sociales es de dos clases: judicial y no judicial, denominándose la primera justiciabilidad y la segunda, a falta de un mejor término exigibilidad en sentido estricto. Por esta razón se diferenciará en lo sucesivo, entre la **exigibilidad en sentido amplio** para referirse a la facultad o poder de solicitar el cumplimiento de un derecho fundamental, y la **exigibilidad en sentido estricto**, como se acaba de anotar. Y se debe recordar, que la exigibilidad judicial se dividirá a su vez en:

²⁶⁸ En el caso de Colombia podría pensarse en una acción de este tipo ante entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio, o el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos – Invima.

²⁶⁹ Nicolás Espejo Yaksic, "Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad", en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Op. Cit., p. 157.

directa, si se invoca el derecho social mismo, e indirecta, si se busca la protección del derecho social invocando un derecho distinto²⁷⁰.

Ahora bien, al hablar de justiciabilidad de los derechos sociales se debe asumir un tema central, y es el de sus dificultades y límites, pero para hacerlo, se debe recordar que estos obstáculos son más bien argumentaciones falaces y magnificaciones del problema. Por ello, han explicado Abramovich y Courtis que no se trata de algo nuevo, sino que también afecta a los derechos civiles y políticos: "las excusas y obstáculos para postergar su exigibilidad son en su mayor parte comunes, y por ende las estrategias para superarlas son similares, y replicables complementariamente sea en el ámbito nacional, sea en el internacional."²⁷¹

En ese orden de ideas, se encuentran los siguientes tres órdenes de dificultades para la justiciabilidad de los derechos sociales²⁷²:

a) Dificultades de adecuación procesal – falta de garantías

- Ambigüedad y/o falta de garantías primarias
- Falta de acciones o garantías procesales (garantías secundarias)
- Carácter colectivo de muchos de los reclamos
- Verdadero acceso a la justicia, en especial personas y colectivos en mayor situación de vulnerabilidad²⁷³.

²⁷⁰ Ver nota 264.

²⁷¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 121

²⁷² Se utilizará como apoyo para este apartado la enunciación de Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 40 y 42; y de Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 60 y ss. Existe otra tipología presentada por Rodolfo Arango, y que se refiere a tres clases de problemas que se pueden observar desde la perspectiva constitucional, estos son de orden cognoscitivo, metodológico y funcional. El primero hace referencia a las dificultades para reconocer un derecho social fundamental en contextos ideologizados, el segundo se relaciona con el contenido del derecho, que puede reconocerse por medio de los métodos de interpretación constitucional, pero que es rechazado por la opinión mayoritaria; el último se refiere a la repartición adecuada de competencias entre el legislativo y la justicia constitucional. Rodolfo Arango, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", en *Revista Derecho Público* N° 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001, p. 185 a 187 y *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005, p. 115 y ss.

²⁷³ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 74

Como se observa, las dificultades enlistadas giran en torno a la falta de estipulación o a la positivación defectuosa de las normas que deben establecer las garantías primarias y secundarias. Es usual que se argumente en contra de los derechos sociales indicando la imposibilidad de las prestaciones relacionadas con ellos. Por ello advierte Gerardo Pisarello que la satisfacción del contenido de un derecho social no puede llevarse a la *reductio ad absurdum*, de sostener, por ejemplo en el caso del derecho a la vivienda, que este consiste en "el derecho a recibir una casa gratis, incondicional, en cualquier circunstancia"²⁷⁴, o de otorgar un puesto de trabajo.

Abramovich y Courtis plantean un punto muy interesante, y es que la posibilidad de accionar jurisdiccionalmente –o su imposibilidad– los derechos sociales, tendrá que evaluarse con relación a las obligaciones que debe cumplir el Estado, es decir, en materia de Desc a los Estados le incumbe obligaciones no solo positivas, sino también negativas o de abstención, que generan amplios espacios de justiciabilidad, teniendo en cuenta dos situaciones: (1) la no prestación basada en discriminación, y, (2) la abstención fijada por las normas jurídicas²⁷⁵.

Ellos presentan los ejemplos de violación del derecho a la salud por contaminación ambiental causada por sus agentes, o del derecho a la educación por no permitir que alguien ingrese al sistema educativo por su nacionalidad, etnia, etc. No indican los autores ejemplos con relación al derecho al trabajo, pero se puede pensar en la no expropiación (sin justa causa, debido proceso e indemnización previa) de un terreno que constituya el sustento de una familia campesina, o más cercano al contexto español, la discriminación en el otorgamiento de subsidios y/o ayudas a sectores de la economía a punto de la quiebra, dentro de los que se puede citar la reciente discriminación a los trabajadores de la minería frente a los trabajadores del sector bancario²⁷⁶. Por otra parte, hay prestaciones que no

²⁷⁴ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 60

²⁷⁵ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 41.

²⁷⁶ Para el momento de redacción del presente trabajo, la decisión del Gobierno español se ha mantenido en no otorgar ayudas al sector minero. Se trata de un tema complejo, pues existen diversas reacciones al respecto, que no es dable analizar aquí, pero que a efectos de los propósitos planteados, permite ejemplificar

ofrecen dificultad alguna cuando se habla de derechos sociales, pues están claramente establecidas. Concluyen entonces los autores, que no existe en la actualidad un derecho social, que al menos no tenga una faceta que sea posible exigir judicialmente²⁷⁷.

Vale la pena recordar las palabras de Gerardo Pisarello con relación a esta dificultad: "No es de recibo pretender que porque todos los contenidos de un derecho no puedan exigirse ante un tribunal, dicho derecho se convierta automáticamente en no justiciable, o peor, en un simple reclamo político o moral. (...) Su justiciabilidad no equivale a que jueces y tribunales otorguen casas, medicamentos, plazas escolares e ingresos de manera automática e incondicional, o a que sean los encargados de diseñar concretas políticas públicas en estos ámbitos."²⁷⁸

De nuevo, el problema se remite a lagunas del sistema jurídico, por cuanto las constituciones modernas establecen la vinculatoriedad jurídica de los derechos sociales, usualmente a través de cláusulas de efecto y aplicación inmediata, o bien, como en el caso español, en principios jurídicos que deben regir la actuación de los poderes públicos, pero como fuese, se trata de normas jurídicas de obligatorio cumplimiento. La dificultad surge cuando esta norma no dice cómo hacerlo, y difiere el encontrar los medios de lograrlo, a la actuación de los poderes públicos mediante el ejercicio del debate democrático, pero a la vez impone a los jueces y juezas el deber de proteger los derechos. Surge entonces el segundo orden de obstáculos, que se enuncia a continuación.

b) Dificultades de competencia - técnica y legitimidad política

- Inadecuación de la estructura y de la posición del Poder Judicial para exigir el cumplimiento de obligaciones de disponer de fondos a los poderes políticos
- El Poder Judicial es el menos adecuado para realizar planificaciones de política pública

cómo se puede redimensionar el papel de los poderes políticos en la protección o desprotección de los derechos sociales.

²⁷⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p., p. 47

²⁷⁸ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p.72 y 73.

- El marco de un caso judicial es poco apropiado para discutir medidas de alcance general
- (De)formación profesional: problemas en la formación curricular de abogados y jueces.

Hay un aspecto que hay que tener presente cuando se habla de dificultades de la justiciabilidad de los derechos sociales, y es el papel de las tesis hostiles, que reducen la dificultad de las lagunas jurídicas a una total indeterminabilidad del contenido de los derechos sociales, y sostienen que la intervención jurisdiccional en la protección de derechos sociales equivale a una injerencia antidemocrática y usurpadora de funciones del poder Legislativo.

Indica Nicolás Espejo²⁷⁹ que usualmente se relaciona la justiciabilidad de los derechos sociales con modelos particularmente intensos o fuertes de adjudicación de tales derechos, y no se tiene presente que pueden existir al menos tres posibles respuestas de los jueces en este tipo de casos: "1) la mera declaración judicial de la violación de un derecho social; 2) sentencias declarativas que le soliciten al Estado la adopción de medidas: a) sin especificar cómo y sin fijar un plazo determinado; b) sin especificar cómo, pero obligando a actuar dentro de un plazo determinado; 3) la declaración de la violación de un derecho social, identificando las medidas específicas que deben ser adoptadas y en qué plazo."²⁸⁰

Lo anterior entonces puede traducirse en tres versiones de lo que sería la justiciabilidad de los derechos sociales²⁸¹:

- 1) A las cortes les está permitido interpretar extensivamente los derechos.
- 2) Las cortes solo pueden proteger el contenido esencial o el contenido mínimo de un derecho social.

²⁷⁹ Nicolás Espejo Yaksic, "Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad", Op. Cit., p. 162

²⁸⁰ Ibíd. Presenta el autor estas opciones basándose en las indicaciones de Cecile Fabre.

²⁸¹ Íd., p., 162

3) Las cortes pueden conocer la violación de un derecho social, pero deben limitarse a declararla y diferir el asunto al conocimiento del órgano político, para que este adopte las medidas respectivas.

Concluye Nicolás Espejo²⁸² indicando, que como se observa, el asunto tiene en últimas que ver con el gusto o disgusto que se tenga hacia cierto tipo de ejercicio del poder jurisdiccional, pues él encuentra que la posible causa de desacuerdo sobre la justiciabilidad de los derechos sociales sea análoga al desacuerdo sobre la revisión judicial de todos los derechos constitucionales. En este caso, las razones para negar la justiciabilidad de los derechos ya no serán jurídicas ni técnicas, sino políticas o ideológicas (no filosóficas), o en otras palabras, se relacionan con "la legitimidad de la intervención de los jueces [y juezas] para defender la Constitución"²⁸³.

El modelo escogido dependerá de la dogmática jurídica, pues no es posible plantear en el plano teórico hasta qué punto un modelo de adjudicación más o menos intenso puede en verdad constituir una injerencia en la labor del Legislativo y del Ejecutivo, y como se verá adelante, no se trata de una respuesta que pueda darse en términos de todo o nada, pues por ejemplo, las cortes constitucionales de Suráfrica y Colombia han acudido a nuevas modalidades de juicios y fallos para atemperar la situación entre el total incumplimiento de derechos fundamentales y el ejercicio legítimo del Parlamento, pues la cuestión no se reduce únicamente a decir que los jueces y juezas suplantán al Legislativo

²⁸² Íd., p., 163

²⁸³ Ibíd. En páginas siguientes de su trabajo, el autor defiende una postura de "adjudicación débil" de los derechos sociales, por considerarla la más adecuada para la justiciabilidad de estos derechos, y en general de los derechos constitucionales, en contraposición a una "adjudicación fuerte", que considera nociva al auto-gobierno; aunque él mismo reconoce la existencia de "contextos de bloqueo institucional o político que impiden la mínima realización de los derechos de gran parte de la población." (Íd., p. 172)

Si bien coincido en los planteamientos del autor, pues las cortes no deben ser la instancia de debate político, y mucho menos la última palabra, me queda el cuestionamiento de qué hacer en casos en que la opinión de las mayorías y el ejercicio democrático es aplastante de los derechos de las minorías, típico caso de los derechos sexuales y reproductivos, y más ahora, que los fundamentalismos en muchos temas han vuelto al terreno político, pero mirando el asunto desde otro punto de vista, me ataca otra inquietud, ¿qué ocurriría entonces con Cortes aplastantes de derechos ampliamente desarrollados por el legislador? Es un punto que aún sigue debatiéndose en la teoría general del Derecho y que no puedo desarrollar en el presente trabajo, pero que resulta importante dejar mencionado aun cuando sea en una nota al pie.

y/o al Ejecutivo, sino que también les asiste una responsabilidad de protección de los derechos de las personas.

Precisamente, este rol es descuidado en ocasiones por algunos jueces y juezas, pero esto en parte es achacable a la formación profesional recibida y las técnicas de selección utilizadas para el ingreso a la judicatura. Amaya Olivas Díaz²⁸⁴ resalta su preocupación por el caso español, pero sus consideraciones bien se pueden generalizar, al menos al ámbito latinoamericano.

Ella identifica como problemas graves que acusan al sistema jurídico español los siguientes: (1) la forma de acceso a la judicatura, pues el sistema de oposiciones de 4 años y sin ingresos para los aspirantes genera que la ocupación como juez y jueza se restrinja a una élite que puede asumir este costo; (2) el sagrado parámetro de la legalidad, pues se sigue asumiendo a los jueces y juezas como replicadores del *statu quo* o meras bocas mudas que pronuncian las palabras de la ley, al mejor estilo de Montesquieu, olvidando el papel que les corresponde en la protección de las personas más débiles y vulnerables; (3) la miseria de la ciencia del derecho, que se relaciona con el anterior punto, pero se refiere específicamente a la forma de preparación de los jueces y juezas, basada aún hoy en día en los esquemas iusprivatistas, y el ejercicio acrítico de la profesión, inmersa en un esquema neoliberal, y en una judicatura kafkiana, en apariencia neutra, pero que se limita a perpetuar el esquema económico predominante sin reflexiones ulteriores.

Por esto, la autora propone tres soluciones: la formación en materia de derechos sociales, no solo en la etapa de oposición sino desde las escuelas de licenciatura o pregrado; asumir una visión crítica de la legislación material y por último, explorar la tutela judicial directa e indirecta de los derechos sociales. Como se observa, no se trata de un canon inamovible, sino de un camino por recorrer en la mejora constante del ejercicio de la profesión.

²⁸⁴Amaya Olivas Díaz, "El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales", en Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Op. Cit., p. 79 a 92. En el mismo sentido se expresa el propio Pisarello en dicha obra, p. 75.

c) Dificultades de ejecución

- Dimensión prestacional de los fallos y eventuales consecuencias presupuestarias.
- El Poder Judicial carece de medios compulsivos para la ejecución forzada de una sentencia que condene al Estado a cumplir con la prestación omitida para todos los casos involucrados, o bien para dictar la reglamentación omitida.
- Seguimiento y ejecución de los fallos.
- Desigualdad generada por el éxito de algunas acciones individuales en las que se haga exigible un derecho, frente al mantenimiento de la situación de incumplimiento en el resto de los casos idénticos no planteados judicialmente.

Es cierto que la ejecución de los fallos dictados con ocasión de procesos sobre derechos sociales puede conllevar gastos con cargo al erario público, sin embargo, no se trata del único caso en que ello ocurre, pues todo fallo con relación a cualquier tipo de derechos: civiles, políticos, y patrimoniales, puede también implicar una carga económica al presupuesto, por lo que este argumento pierde peso. Por otra parte, debe tenerse presente que *todos los derechos cuestan*, como se explicó en el primer capítulo, por lo que nuevamente pierde peso el argumento de unos derechos y la gratuidad de otros; además, al hablar de recursos debe entenderse no solo los financieros, sino también los humanos, tecnológicos, informativos, naturales y de otra índole, no solo propios, sino también de cooperación²⁸⁵.

Se debe entonces desmontar el mito de que satisfacer un derecho social genera un descalabro a las finanzas públicas²⁸⁶ y es demasiado complejo como para ser realizable²⁸⁷,

²⁸⁵ Nicolás Espejo Yaksic, "Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad", Op. Cit., p. 187.

²⁸⁶ Ver por ejemplo el Consenso de Copenhague, que en 2012 lanzó una iniciativa para determinar "Cuánto costaría salvar el mundo" y que como conclusión aproximó la cifra de 75.000 millones de dólares para gastar en los próximos cuatro años. Una cifra que no tiene comparación con el gasto militar de los países de la Unasur de 126.110 millones de dólares entre 2006 y 2010. Teniendo presente que el primero de los gastos contemplaría una mejora sustancial en la alimentación de 100 millones de niños quienes empezarían sus vidas sin retrasos de crecimiento por causa de la mala nutrición, y que en el mediano plazo significarían mejoras significativas en su rendimiento académico, para en el largo plazo resultar en adultos más productivos, con mayores y mejores ingresos y menor número de hijos. Fuentes: Diario El Tiempo (Colombia), "¿Cuánto cuesta salvar el mundo?" nota del 10 de junio de 2012 y Diario El Nuevo Siglo (Colombia), "Colombia, segundo en gasto militar en la región", nota del 11 de mayo de 2012.

además, se requiere transparencia en las cifras, pues también se puede desmontar la creencia de que los costos hacen imposible una prestación, por lo cual, es saludable el debate y cuestionamiento de la actuación de los poderes públicos, a través, por ejemplo, de la indagación de cifras alternativas a las oficiales²⁸⁸. En ese caso, se debe evaluar hasta qué punto la excusa de no justiciabilidad más bien responde a la incomodidad que genera el control, pues la colaboración armónica de los poderes públicos no debe entenderse como *alcahuetería*, o condescendencia²⁸⁹. Por ello, autores como Gerardo Pisarello explican que la justiciabilidad implica procesos de cambio estructural, tanto en la situación de las personas como en la forma de funcionamiento de los organismos públicos, siendo esta quizás la causa de la resistencia a la intervención judicial en la protección de derechos sociales:

"Tomadas en serio, estas obligaciones entrañarían modificaciones relevantes en las actuales formas de producir y distribuir los recursos existentes. Fundamentalmente, porque supondrían un

²⁸⁷ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites, Op. Cit., p. 63. El autor presenta el ejemplo del caso Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC) 5 SA 721 (CC) de 2002, de la corte constitucional sudafricana, que se puede resumir en la falta de prestación del medicamento Nevirapine para prevenir el VIH de madres a hijos, con la excusa de que el suministro del medicamento y la prestación de servicios conexos suponían un alto costo. La corte constitucional desmintió tal situación, entre otras razones, porque el medicamento había sido regalado al gobierno sudafricano por la compañía farmacéutica fabricante, por el lapso de 5 años. Este mismo ejemplo es presentado por Nicolás Espejo, en "Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad", Op. Cit., p. 177 a 179.

²⁸⁸ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites, Op. Cit., p. 63. El autor presenta otro ejemplo al respecto, esta vez el de Eldrige v British Columbia (Attorney General), 3 S.C.R. 624, de 1997, referido a la imposibilidad de proveer intérpretes en los hospitales a las personas sordomudas por su alto costo, cuando en realidad al indagar, el tribunal encontró que el costo no representaba el 0.00025% del presupuesto en materia sanitaria. Otra práctica usual para contrastar la transparencia en la información brindada por el Estado, es la de los informes alternativos o informes sombra, realizados por reputadas Organizaciones No Gubernamentales o asociaciones de las mismas, que permiten indagar sobre la situación real y el posible desvío de recursos públicos. Por otra parte, se reitera la observación hecha antes de que los recursos no deben entenderse exclusivamente en términos de dinero, de hecho, viene a colación mencionar una experiencia profesional de quien escribe: para la atención de unos y unas adolescentes de nacionalidad china que habían sido víctimas de tráfico de migrantes en una ciudad periférica de Colombia, se requería en primer lugar poder hablar con ellos y ellas, sin embargo, nadie hablaba su idioma nativo, las autoridades de policía se encontraban impotentes, y no existía una persona de la lista de traductores oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores que residiera cerca al lugar. Una colega mía muy creativa decidió optar por una solución que no representó ningún costo económico, visitó restaurantes chinos de la ciudad y convenció a la propietaria de uno de ellos de hacer las veces de intérprete y mediadora cultural.

²⁸⁹ En el mismo sentido Gerardo Pisarello, Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites, Op. Cit., p. 67.

control constante del poder público (y de ciertos agentes privados) con el objeto de asegurar, como estipula el PIDESC, que dentro del máximo de recursos financieros, humanos, estructurales y tecnológicos a su alcance, realicen los máximos esfuerzos para satisfacer los derechos en juego, de acuerdo a criterios de prioridad. Es decir, incidiendo en las actuaciones y omisiones que de manera más grave menoscaben el disfrute de los derechos y otorgando primacía a los casos más urgentes y a las personas o grupos en mayor situación de vulnerabilidad."²⁹⁰

No se debe perder de vista entonces que aunque no se quiera, la exigibilidad judicial de los derechos sociales va a generar en mayor o menor medida dichos cambios, la cuestión está en saber distinguir qué actuaciones son admisibles y cuáles son en verdad usurpaciones de funciones. En el mismo sentido, Amaya Olivas Díaz advierte que si bien los jueces no están instituidos para crear políticas sociales, si lo están para (1) recordar a los poderes públicos sus obligaciones; (2) ser interlocutores entre las personas y los otros poderes públicos, pues los jueces y juezas pueden identificar más fácilmente las necesidades concretas de la población que acude al juzgado; y, (3) proteger los derechos de las personas, con los recursos públicos disponibles²⁹¹.

2.3 Justiciabilidad en sede internacional

Una vez visto el sistema nacional de garantías, es procedente la protección de derechos fundamentales a escala internacional (derechos humanos) y la forma en que en la actualidad están contempladas las garantías respectivas. Por ello es importante presentar en primer lugar las obligaciones que le corresponden a los Estados a la luz de los compromisos adquiridos mediante la suscripción de instrumentos de derechos humanos. Hacer esto permitirá además identificar una fuente de equívocos a nivel nacional sobre las garantías, y cómo las garantías primarias y secundarias se encuentran transversalmente en

²⁹⁰ *Id.*, p. 73 y 74.

²⁹¹ Amaya Olivas Díaz, "El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales", *Op. Cit.*, p. 91.

todas las obligaciones de los Estados en esta escala.

En la segunda mitad de este acápite se presentará el funcionamiento del sistema universal de protección de derechos humanos como parte de la escala internacional, no se harán menciones de los sistemas interamericano ni europeo debido a la dimensión y límites del presente trabajo, pero se debe indicar, como se hizo en páginas anteriores, que son piezas fundamentales de la protección de derechos humanos en la medida de que son menos distantes de las personas y tienen más en cuenta las particularidades regionales de los Estados miembros, pero aun son sistemas de difícil acceso para los particulares, pese a ser menos burocratizados que el sistema de Naciones Unidas

2.3.1 Obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional

Para iniciar este aparte, conviene recordar la sutil diferencia entre derechos sociales y derechos económicos sociales y culturales (Desc). Explican Víctor Abramovich y Christian Courtis²⁹², que el primer término es el utilizado en el derecho interno, mientras el segundo corresponde al léxico del derecho internacional, y aunque en lo sustantivo no difieren de manera significativa, se puede encontrar una diferencia en cuanto al sujeto obligado a su satisfacción, pues los Desc son oponibles a los Estados, mientras los derechos sociales lo son al Estado pero también a los particulares, pues son normas vinculantes en el territorio nacional; y agregan los autores, que por ello "las obligaciones que los derechos sociales imponen a particulares en el plano nacional se traducen, en el plano internacional, en obligaciones estatales de protección."²⁹³ Ahora bien, ¿cuáles son esas obligaciones que le asisten al Estado? Se presentan a continuación algunos esquemas teóricos de diferentes autoras y autores en aras de solucionar este interrogante.

²⁹² Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 120 y 121.

²⁹³ Íd., p. 121

La autora presenta un esquema de tres obligaciones principales, emanadas de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 1º, 2º y 26): respetar, garantizar y realizar progresivamente. Estas constituyen el eje de las alegaciones que se deben presentar en las demandas de responsabilidad internacional. Pero el trabajo de la autora no termina allí, ella enriquece el esquema con la jurisprudencia y consideraciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se presenta una figura con el resumen de su trabajo:

Figura Nº 4

Obligación General	Obligaciones derivadas
1. RESPETAR (Art. 1º CADH)	Como es un deber negativo, supone abstención del Estado y de sus agentes en el uso abusivo de su poder. Se debe dejar ejercer sus derechos a las personas naturales. Específicamente con relación a los derechos sociales implica, cuanto menos, no interferir en la acción o uso de recursos propios de los individuos, grupos o colectividades, para satisfacer sus necesidades económicas y sociales. Siempre es de cumplimiento inmediato.
2. GARANTIZAR (Arts. 1º y 2º CADH)	Es un deber positivo y se refiere a la adopción de medidas de toda índole para asegurar el ejercicio de los derechos. Supone adicionalmente: <ul style="list-style-type: none"> a. Prevenir violaciones por parte de agentes públicos y privados, ello a través de las siguientes acciones: <ul style="list-style-type: none"> 1. Normar, regular la conducta 2. Hacer seguimiento al cumplimiento 3. Llevar a cabo estudios de impacto de medidas que se van a implementar 4. Eliminar obstáculos: administrativos y estructurales b. Investigar los supuestos abusos de derechos. c. Sancionar a quienes hayan violado los derechos a alguien. d. Reparar o remediar aquellas violaciones (Art. 63.1). e. Asegurar que un contenido mínimo esencial de los derechos sea disfrutado por todas las personas.
3. PROGRESIVIDAD (Art. 26)	<ul style="list-style-type: none"> A. Elaborar un plan de acción <ul style="list-style-type: none"> 1. Inmediato 2. Mediato B. Ejecución del plan con debida diligencia C. No adoptar medidas regresivas

Fuente: realización propia.

²⁹⁴ Tara Melish, La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003, p. 171 a 211.

Si bien el esquema de la autora sirve para identificar con claridad el conjunto mínimo de obligaciones que los Estados deben cumplir para la satisfacción de los derechos humanos en su territorio, y proporciona valiosa información sobre la forma en que se litiga en el sistema interamericano, se debe también reconocer que el esquema perpetúa el equívoco en el uso del término garantía expuesto páginas atrás, pues presupone que las garantías solo son positivas, cuando las garantías primarias pueden ser obligaciones o prohibiciones²⁹⁵.

Se debe tener siempre presente que todas las obligaciones del Estado a la luz del derecho internacional implican algún tipo de garantías a nivel interno, por lo que exponer que el deber de garantizar se satisface al normar o introducir medidas, es solo en parte acertado, el deber de garantizar se habrá satisfecho por completo cuando el Estado haya adoptado garantías primarias – positivas y negativas, garantías secundarias, y cuente con una estructura de garantías institucionales adecuada, además de generar los espacios necesarios para que las garantías no institucionales o sociales puedan ejercerse adecuadamente.

b. Esquema de Asbjorn Eide – 1983

En 1983 Asbjorn Eide, Relator Especial de la extinta Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección a las Minorías, de las Naciones Unidas, presentó el informe provisional “The Right to Adequate Food as a Human Right, E/CN.4/Sub.2/1983/25”, en donde planteaba por primera vez, un esquema de cuatro “capas” que suponen las obligaciones del Estado con relación a los derechos económicos,

²⁹⁵ Se indicó al presentar la tipología de Luigi Ferrajoli, que él diferencia entre garantías primarias negativas y positivas, refiriendo las primeras a los derechos liberales y las segundas a los sociales, y en su momento también se criticó lo inadecuado de esta clasificación al relacionarlo de manera excluyente con unos u otros tipos de derechos, pues todos los derechos tienen facetas positivas y negativas.

sociales y culturales²⁹⁶. Explica Olivier de Schutter²⁹⁷, que este esquema supuso un gran avance teórico en su momento, y que esta consideración pese a nacer en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales, específicamente del derecho a la alimentación adecuada, es aplicable a todo tipo de derechos humanos. Estas cuatro capas de obligaciones eran:

- 1.Obligación de respetar
- 2.Obligación de proteger
- 3.Obligación de garantizar²⁹⁸
- 4.Obligación de promover

G.J.H. van Hoof²⁹⁹, basándose en el documento de Eide explica:

“Con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, puede ser productivo aproximarse al problema de la implementación desde el ángulo de las obligaciones. En este sentido cuatro "capas" de obligaciones del Estado podrían distinguirse y que, a falta de mejores términos, pueden ser denominadas: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de asegurar, y una obligación de promover. (Cita retirada)

En términos generales, estos diferentes tipos de obligaciones pueden ser definidos en la siguiente forma. La obligación de respetar prohíbe al Estado mismo actuar en forma alguna que pueda invadir derechos o libertades reconocidos. Este aspecto, por tanto, estrechamente parecido a lo que en el esquema tradicional fue denominado como una obligación de no interferencia. La obligación de proteger va más allá, en el sentido de que forza al Estado a dar pasos – a través de la legislación u otras formas – para impedir o prohibir a otros (terceras personas) violar derechos o

²⁹⁶ Fons Coomans, "Economic, Social and Cultural Rights", en Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) Special N° 16, Universidad de Utrecht, 1995, en <http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/Pages/default.aspx> (23-VII-2012), p. 10.

El autor explica que esta tesis fue reiterada en 1984 por Asbjorn Eide en el informe, también provisional, E/CN.4/Sub.2/1984/22.

²⁹⁷ Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2010, p. 242 y ss.

²⁹⁸ El término originario es 'ensure' y se trata de una palabra difícil de traducir, pues bien puede equivaler a garantizar o a asegurar. Se escogió el término 'garantizar' debido a que es el que mejor refleja el sentido de la propuesta de Eide en 1983, aunque incurre también en el equívoco de sinonimia forzada denunciado en este trabajo, entre garantizar y normar.

²⁹⁹ G.J.H. van Hoof, "The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views", en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984, p. 106. Traducción libre de la autora.

libertades reconocidos. La obligación de garantizar requiere medidas de más largo alcance de parte del gobierno, en las que este tiene que crear activamente condiciones dirigidas al logro de un cierto resultado en la forma de una (más) efectiva realización de los derechos y libertades reconocidos. La obligación de promover está también diseñada para alcanzar un cierto resultado, pero en este caso concierne a metas más o menos vagamente formuladas, que solamente pueden ser alcanzadas progresivamente o en el largo plazo. La obligación de asegurar y la obligación de promover engloban, *inter alia*, lo que tradicionalmente se denomina obligaciones "programáticas" dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales." (Resaltado y negrita fuera de texto)

c. Esquema de Asbjorn Eide - 1987

Eide presentó su informe definitivo en 1987: "The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right"³⁰⁰, donde reevaluó la tipología de 1984 y sostuvo, en primer lugar, que el hecho de que los principales instrumentos internacionales de derechos humanos no contengan obligaciones claramente especificadas para los Estados con relación a los "Desc" no es coincidencia, pues los redactores se concentraron en la inclusión de derechos pero no de las obligaciones subsecuentes, ignorando así la propuesta de los textos preparatorios de los países latinoamericanos que sí contenía extensos listados, pero fue derrotada por mayoría en la comisión redactora³⁰¹.

Para Eide, los niveles de obligaciones de los Estados con relación a los derechos humanos serían los siguientes³⁰²:

"66. La responsabilidad del Estado en cuanto a derechos humanos puede ser examinada en tres niveles: La obligación de respetar, la obligación de proteger, y la obligación de realizar³⁰³ los derechos humanos.

³⁰⁰ Asbjorn Eide, informe Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23, p. 21. Disponible en el Sistema de Archivo de Documentos de las Naciones Unidas, en http://documents.un.org/s_es.html

³⁰¹ Íd., p. 65. Eide explica que la no inclusión de obligaciones expresas para los Estados en la realización de los "Desc", fue lo que motivó la abstención de los países socialistas de Europa del Este, en la votación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por considerarla un instrumento muy débil. (Ver nota 63 del informe).

³⁰² Íd., p. 14 y 15. Traducción libre de la autora.

³⁰³ El término original es *fulfil*.

67. La obligación de respetar requiere del Estado, y de ese modo de todos sus órganos y agentes, abstenerse de hacer algo que viole la integridad del individuo o trasgreda su libertad, incluida la libertad de usar los recursos materiales disponibles en la forma que encuentre mejor satisfacen sus necesidades básicas. En este contexto deberíamos recordar la indivisibilidad de los derechos humanos: El derecho a la alimentación no puede cumplirse solo, depende también del respeto de las libertades fundamentales.

68. La obligación de proteger requiere del Estado y sus agentes las medidas necesarias para impedir a otros individuos o grupos violar la integridad, libertad de acción, u otros derechos humanos del individuo – incluyendo la prevención de la violación del disfrute de sus recursos materiales

69. La obligación de realizar requiere del Estado tomar las medidas necesarias para asegurar a cada persona dentro de su jurisdicción las oportunidades de obtener la satisfacción de aquellas necesidades, reconocidas en los instrumentos de derechos humanos, que no pueden ser aseguradas por su esfuerzo personal.”

Adicionalmente, Eide³⁰⁴ explica que se debe hacer otra diferencia entre las obligaciones: las de *conducta* y las de *resultado*. La primera puede ser activa y pasiva, y se relaciona con el comportamiento que el obligado debe seguir o del cual debe abstenerse, mientras la segunda se refiere como su nombre indica, a los resultados que el obligado debe alcanzar o evitar. El autor indica que por ejemplo, los agentes del Estado están obligados a no torturar, y esta es una obligación de conducta (negativa), mientras que en cuanto a la eliminación de la incidencia del hambre, tendrán una obligación de resultado.

Aunque reconoce que se trata de una relación compleja, pues no en todos los casos se requerirá exclusivamente de la satisfacción de una u otra obligación, por ejemplo, el Estado podría evitar el hambre de mejor manera si asume un rol pasivo y no interfiere con el control que tienen las personas sobre el manejo de sus propios recursos. El autor no menciona este ejemplo, pero puede ejemplificar el asunto: piénsese por ejemplo en los conflictos por explotación de minería a cielo abierto que ocurren en la actualidad en Colombia, el eje del problema está en la contaminación y uso excesivo de las fuentes

³⁰⁴ Íd., p. 15

hídricas que supondría la concesión de explotación, con lo que el derecho al agua potable (alimentación adecuada y salud consecuentemente) del cual gozan en la actualidad los habitantes de la zona se vería seriamente afectado.

Como se observa, los esquemas de Eide no difieren sustancialmente uno del otro, pero al eliminar la expresa denominación de la obligación de promover, se diluye la fuerza que tenía dicho esquema al poner de manifiesto las obligaciones positivas que le incumben a los Estados, la generalización de derechos fundamentales que debe ocurrir y el involucramiento que terceras personas tienen en el cumplimiento de los derechos. Por otra parte, se debe reconocer que el segundo esquema también tiene potencia al introducir el término 'fulfil' – realizar, pues recuerda que la obligación del Estado es la de cumplir todo el contenido del derecho, no solo una parte, y ello debe ocurrir especialmente cuando las personas no pueden satisfacer sus necesidades con su propio esfuerzo.

d. Esquema de Henry Shue

Además de los esquemas de Tara Melish y de Asbjorn Eide se encuentra la tipología de Henry Shue³⁰⁵, quien expuso como deberes (duties) de los Estados los siguientes:

Figura Nº 5	
I. Evitar privar (To avoid depriving)	
II. Proteger de la privación (To protect from deprivation)	1. Haciendo cumplir el deber (I) 2. Diseñando instituciones para evitar la creación de incentivos fuertes para violar el deber (I)
III. Ayudar al desposeído (To aid the deprived)	1. Quienes son especial responsabilidad de uno mismo 2. Quienes son víctimas de fallos sociales en el desempeño de los deberes (I), (II-1) y (II-2) 3. Quienes son víctimas de desastres naturales

Fuente: Elaboración propia

³⁰⁵ Henry Shue, "The interdependence of Duties", en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Op. Cit. p. 83. Traducción libre de la autora.

Shue reconoció a partir de debatir estas categorías con Asbjorn Eide y Philip Alston, que el primer deber (to avoid depriving) podría renombrarlo como **deber de respetar**, pues en lo esencial coincide con lo expuesto por Eide, pero el escoger el nombre de *deber de evitar privar* (avoid depriving) se debió a su necesidad de enfatizar el hecho de que derechos que antiguamente fueron de manera engañosa clasificados únicamente como positivos, también involucran deberes puramente negativos, y que la utilización de “evitar” en vez de simplemente referirse a “no privar”, se hizo para mostrar que incluso los deberes negativos demandan algún esfuerzo³⁰⁶.

Por otra parte, Shue es enfático al explicar que si bien su tipología coincide con la de Eide en las dos primeras obligaciones (deberes en su expresión), la tercera es completamente diferente y debería mantenerse como categoría independiente, pues el deber de ayudar, se refiere a la privación (violación) de derechos ya ocurrida, es decir, los Estados tienen una obligación de restituir a las víctimas cuando ha ocurrido un fallo en los deberes de respetar y proteger. Shue enfatiza la gravedad de esta situación en cuanto al derecho a la alimentación, pues supone la existencia de un deber de ayuda inmediata³⁰⁷.

Ahora bien, la tipología que acogieron las Naciones Unidas³⁰⁸ fue la tripartita elaborada en 1987 por Asbjorn Eide³⁰⁹, al presentar su informe definitivo “The New International Economic Order And The Promotion Of Human Rights. Report on the right to

³⁰⁶ Íd., p. 84

³⁰⁷ Íd., p. 85 y 86.

³⁰⁸ Se puede observar esta incidencia en varios organismos de Naciones Unidas, como por ejemplo, el Fondo de Poblaciones (UNFPA) ver <http://www.unfpa.org/derechos/preguntas.htm#faq3> y en la propia Asamblea General, que en la parte preambular de la Resolución 151 de 2011 (A/RES/66/151) “*Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son universales, indivisibles e interdependientes, están relacionados entre sí y se refuerzan mutuamente.*”, reconoce la importancia de estimular el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, y en la consideración 6 recuerda que a los Estados les incumbe la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos. También, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, donde se reafirma el “solemne compromiso de los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales” y se indica que su promoción y protección es responsabilidad primordial de los gobiernos (Numeral 1º, parte I del documento; aunque a lo largo del texto se reiteran estas obligaciones con relación a derechos de grupos específicos, niños, mujeres, minorías étnicas, etc.).

³⁰⁹ Coinciden en este punto Olivier De Schutter, *International Human Rights Law*, Op. Cit. p. 242, y Fons Coomans, “Economic, Social and Cultural Rights”, Op. Cit., p. 10.

adequate food as a human right." (E/CN.4/Sub.2/1987/23)³¹⁰. De acuerdo con esto, los deberes del Estado serían: respetar, proteger y realizar (to respect, to protect and to fulfil).

No se considera del todo completa esta tipología, pues olvida una obligación muy importante que se abre paso recientemente: reparar. Le asiste entonces razón a Henry Shue al afirmar que el Estado debe reparar el daño causado a las personas privadas de sus derechos (bien sea por procesos históricos o por acciones que ocurrieron cuando la persona ya gozaba de sus derechos – acciones regresivas e injustificadas). Claro está, que esta obligación reviste un requisito importante, pues supone la existencia de procesos judiciales previos o de otras instituciones establecidas para tal fin, pues difícilmente podrían los Estados reconocer violaciones de derechos sin una sentencia judicial que así lo determine.

Confirma la existencia de este cuarto tipo de obligaciones lo que en la actualidad se conoce como la justicia transicional, existente a raíz de la estructura institucional creada a mediados de los años 90 del siglo XX, para dar respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos, en especial la Corte Penal Internacional, y cuyo principal objetivo es evitar la impunidad y restablecer la verdad, la justicia, y la paz de las víctimas. Adicionalmente, la Declaración y Programa de Acción de Viena menciona directamente esta obligación. En el numeral 27, parte I, se indica lo siguiente: "Cada Estado debe prever un marco de recursos eficaces para reparar las infracciones o violaciones de los derechos humanos." Y se hace énfasis que la administración de justicia es parte integral del cumplimiento pleno de los derechos humanos, por lo que se requiere desplegar acciones, en especial desde Naciones Unidas, para que las administraciones de justicia sean fuertes e independientes. No se ahondará más en este tema en el presente trabajo.

³¹⁰ Asbjorn Eide, informe Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23, Op. Cit.

Los autores adoptan un esquema elaborado de conformidad con las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, para mostrar algunas de las obligaciones genéricas de los Estados con relación a estos derechos (advierten que su listado no es exhaustivo). Si bien este esquema es más específico que los anteriores, resulta útil en aras de continuar presentando la multiplicidad de obligaciones que le corresponden a los Estados, independientemente de que los esquemas teóricos presentados coincidan en algunos puntos.

Así, ellos identifican que los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Adoptar medidas inmediatas

a. Adecuación del marco legal

b. Relevamiento de información, vigilancia efectiva y formulación del plan de acción

c. Provisión de recursos efectivos

2. Garantizar niveles esenciales de los derechos

3. Obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Este esquema tiene la virtud de poner fin a la confusión garantizar – normar, pues aclara que la adopción de medidas es una obligación de los Estados, pero no la única; sin embargo, reproduce la confusión garantía – realización, pues habla de 'garantizar niveles esenciales', cuando en realidad se quiere referir a la realización material de un nivel mínimo aceptable en cuanto a derechos, por debajo del cual se afecta gravemente la integridad y dignidad de las personas. Por otra parte, el esquema rescata la obligación de progresividad olvidada por los autores angloparlantes, y que aunque esté referida usualmente a los Desc, es igualmente extensible a cualquier tipo de derechos humanos, pues no es admisible la disminución del estándar alcanzado en el goce de derechos, salvo por causas justificadas y superando el test de estricto escrutinio.

³¹¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004, p. 79 a 116.

Visto lo anterior, el panorama no parece muy claro en cuanto a qué tipología utilizar teóricamente, pues dependiendo de la postura asumida se encontrará con mayor o menor nitidez la obligación de garantía que le corresponde a los Estados. Por lo pronto, el haber presentado estos esquemas permite inferir que la obligación de garantía es solo una de las varias que le corresponde cumplir a los Estados con relación a los derechos fundamentales, y que su uso de fórmulas vagas del tipo “El Estado garantizará el derecho a” deben desaparecer del léxico jurídico; pues al no ser técnicas, solo contribuyen a diluir la exigibilidad de los derechos.

Por otra parte, el encasillar estas obligaciones en categorías positivas y negativas, no es adecuado tampoco. Henry Shue bien mencionaba que inclusive los deberes de abstención exigen algún tipo de acción, por lo que no serán únicamente obligaciones de resultado o conducta; de hecho, A. Eide luego de presentar esta clasificación³¹² concluye que no se puede determinar en abstracto cuáles obligaciones serán de conducta y cuáles de resultado, sino que dependerá de cada caso. Coinciden con esta postura Víctor Abramovich y Christian Courtis³¹³, quienes indican que uno de los obstáculos para la realización de los derechos sociales es precisamente la falta de determinación de la conducta a seguir para satisfacer un derecho, y la complejidad que puede revestir el curso de acción en muchos casos (por ejemplo en el derecho a la salud), por lo que no podrá hablarse en ‘blanco y negro’ de obligaciones exclusivamente positivas o negativas.

Lo expuesto coincide con uno de los problemas típicos al hablar de derechos sociales, presentado en la primera parte del presente trabajo, y es la creencia ampliamente extendida de que el problema de los derechos sociales radica en que no son verdaderos derechos porque no se pueden exigir en instancias jurisdiccionales, debido precisamente a dificultades como la indeterminación y la imposibilidad de determinar las conductas debidas por parte del Estado.

³¹² Asbjorn Eide, informe Nº E/CN.4/Sub.2/1987/23, Op. Cit., p. 15 304

³¹³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 125 y 126.

Por ello, Gerardo Pisarello³¹⁴ advierte que la exigibilidad de los derechos sociales no se puede reducir únicamente a su justiciabilidad, pues hacerlo es perpetuar los esquemas de pensamiento que niegan su naturaleza de derechos fundamentales y los limitan a ser “derechos de papel”³¹⁵. Sostiene él que de lo que se trata, es de poner de manifiesto que ya existen “múltiples órganos e instituciones que pueden y deben intervenir en su protección, con prioridad incluso sobre aquellos de tipo jurisdiccional (...)”³¹⁶, dentro de las que se encuentran el Legislativo, los órganos de la Administración, y los órganos de control, como por ejemplo las defensorías del pueblo.

2.3.2 Sistema Universal de protección de derechos humanos (Garantías jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales)

Una vez vistas las obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional, es decir, las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional y a favor de las personas de sus respectivos territorios, es procedente explicar el funcionamiento del sistema universal de protección de los derechos humanos, para luego identificar las garantías secundarias existentes en la actualidad en dicho sistema, para así evidenciar cómo refuerzan o no el sistema de garantías interno de un Estado.

Se debe recordar que el sistema universal se basa, teóricamente, en un consenso de Estados, por lo que se trata de un sistema horizontal, de igualdad y no subordinación de unos Estados a otros, mientras que los sistemas nacionales por el contrario sí están jerarquizados, pues todos los órganos del Estado están subordinados a la norma material

³¹⁴ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Trotta, Madrid, 2007, p. 112.

³¹⁵ Famosa expresión de Riccardo Guastini. Aunque si nos detenemos un poco a pensarlo, todos los derechos y estructuras jurídicas serían de papel, pues lo que le da fuerza a los derechos es la estructura institucional que la respalda y la fortaleza o debilidad de los movimientos sociales que surjan en determinados momentos históricos en su defensa. Se puede incluso hacer una analogía al papel moneda, que no vale por lo que tiene impreso en sus dos caras, sino por todo lo que está en su trasfondo, en especial la confianza. De no existir esta, seguiríamos en los tiempos de trueque, o del pago en sal, como lo hicieron mis ancestros del altiplano cundiboyacense en Colombia. ¿Estaremos acaso en términos de derechos sociales aún en la época de la sal porque no confiamos en el papel moneda que los acuña?

³¹⁶ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Op. Cit., p. 112

fundante, usualmente una constitución política y jurídica, y en todo caso, a la soberanía del pueblo. Por ello indica Hoof³¹⁷:

“Es casi un lugar común, reconocer que existe un amplio rango de diferencias entre las comunidades nacionales por una parte y la comunidad internacional de Estados por la otra. Las diferencias más relevantes a nuestros propósitos se reducen al hecho de que las comunidades nacionales están estructuradas usualmente de manera vertical, u organizadas de manera centralizada, mientras que la sociedad internacional está estructurada horizontalmente o caracterizada por una organización descentralizada. Como resultado, a diferencia del derecho internacional, los sistemas de derecho nacional están la mayoría de las veces equipados con un proceso institucionalizado de producción legislativa, una rama ejecutiva de gobierno, y una maquinaria para hacer cumplir la ley. En derecho internacional estas funciones han sido en buena parte desarrolladas en una forma no institucionalizada por los sujetos de tal ley, a saber, los Estados mismos. Esta es la excepción en vez de la regla general de que las normas de derecho internacional pueden hacerse valer a través de tribunales, o en maneras similares.”

Lo anterior explica que la estructura de protección de derechos humanos a nivel internacional, y específicamente para el tema que nos ocupa – sistema universal, sea residual, distante de la persona común y corriente, y reservada a las violaciones más graves de derechos humanos, y opere más bien en un plano político y de alguna forma, de escarnio público. El sistema entonces puede abordarse desde dos puntos de vista, el de las instituciones y el de las técnicas de control.

Empecemos pues por el de las técnicas de control, sin excluir algunas menciones a instituciones, que permite observar el funcionamiento de manera general del sistema. El funcionamiento del sistema universal se basa en cinco vías³¹⁸, dos políticas y semi-políticas y tres jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales:

³¹⁷ G.J.H. van Hoof, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, Op. Cit., p. 100 y 101. Traducción libre de la autora.

³¹⁸ Carlos Fernández de Casadevante Romani, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2007, p. 74 y ss. El autor presenta un esquema de tres vías principales (numerales 2 a 4 de la figura Nº 6) y dos especiales: investigación confidencial (numeral 5º para CEDAW y Convenio contra la tortura) y sistema

Figura N° 6

Política y semi-políticas

1. Expedición de normas jurídicamente vinculantes (hard law) y normas de interpretación y recomendación (soft law)
2. Informes que los Estados Partes en el Convenio en cuestión deben enviar al órgano previsto en el mismo

Jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales

3. Denuncias interestatales
4. Denuncias individuales
5. Investigaciones confidencial

Fuente: Elaboración propia

La expedición de normas jurídicamente vinculantes es la forma más importante en que funciona el sistema universal de protección de derechos humanos, por cuanto supone el acuerdo de los Estados en la materia e implica que su aceptación, simple o con reservas, ya obliga al Estado parte a cumplir su contenido una vez el instrumento internacional entre en vigencia. El principio de buena fe es vital en este punto, pues la lógica indica que los tratados se suscriben para cumplirlos, no para lo contrario.

Ahora bien, existe otro tipo de normas no vinculante, en la medida de que no es suscrito por los Estados directamente, sino indirectamente en la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en lo sucesivo NNUU), a través de las recomendaciones emanadas de su reunión anual y que se elaboran en cada una de las seis comisiones encargadas:

- La Primera Comisión (Desarme y Seguridad Internacional) se ocupa exclusivamente de cuestiones del desarme y otras cuestiones relacionadas con la seguridad internacional.
- La Segunda Comisión (Asuntos Económicos y Financieros) se encarga exclusivamente de cuestiones económicas.

de visitas, para prevención de la tortura. Él no menciona la naturaleza jurídica de los mecanismos, pero me parece relevante enunciarla para poderlos agrupar, y adicionalmente, explicito la expedición de normas como vía principal.

- La Tercera Comisión (Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales) atiende exclusivamente de cuestiones sociales y humanitarias.
- La Cuarta Comisión (Política Especial y de Descolonización) trata una variedad de asuntos políticos que no son abordados por la Primera Comisión y también se ocupa de la descolonización.
- La Quinta Comisión (Asuntos Administrativos y Presupuestarios) se ocupa exclusivamente de los aspectos administrativos y presupuestarios de las Naciones Unidas.
- La Sexta Comisión (Jurídica) se encarga exclusivamente de cuestiones jurídicas internacionales.³¹⁹

La responsable del tema de derechos humanos es la Tercera Comisión, que fija el estándar en los temas escogidos para la reunión anual (de septiembre a diciembre), a través de la expedición de Resoluciones. Estas son vinculantes en la medida de que sean aprobadas, esto puede sonar tonto pues ello ha debido ocurrir para que una resolución exista y deje de ser 'borrador de resolución', pero se debe a que si una resolución ha sido aprobada por votación y no por consenso, puede dar lugar a que los Estados que la votaron negativamente se nieguen en la práctica a cumplirla. Adicionalmente, se debe recordar que las resoluciones son tremendamente decisivas, pues en ocasiones es a través de ellas que se introduce nueva normatividad internacional, como ocurrió por ejemplo con el 'Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', introducido en diciembre de 2008 a través de la Resolución A/RES/63/117 (aunque aún no ha entrado en vigencia).

Su labor se coordina adicionalmente con el Consejo de Derechos Humanos, que también sesiona anualmente (durante el primer semestre del año) y emite resoluciones que luego son tenidas en cuenta por la Asamblea General (a través de la Tercera Comisión); y, tanto el Consejo de Derechos Humanos como la Asamblea General, se nutren de la

³¹⁹ Información sobre las seis comisiones tomada de la página web de NNUU: <http://www.un.org/es/ga/maincommittees/index.shtml>

información que suministran los diferentes expertos independientes y relatores especiales de derechos humanos, quienes son los que poseen de primera mano la información relevante sobre la situación de derechos humanos en un territorio determinado o sobre un tema en especial.

Como se observa, se trata de un órgano meramente político, pues no puede más que deliberar los diferentes temas de derechos humanos propuestos por alguna de las delegaciones nacionales y fijados en la agenda a seguir, pero no tiene funciones de juzgamiento ni conocimiento de violaciones de derechos humanos con fines de repararlas. Esto es así debido a los principios de no selectividad, imparcialidad y objetividad que rigen la actuación de la Asamblea General. Excepcionalmente en las resoluciones se hacen señalamientos expresos a un determinado Estado que presenta graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos en su territorio, pero el asunto no pasa del juicio político sin consecuencias jurídicas.

Algunos de los Estados que han sido objeto de este tipo de resoluciones han tomado atenta nota de la situación y se han preocupado por cumplir con los estándares de NNUU, otros son renuentes a ello, como por ejemplo la República Popular Democrática de Corea, que desde 2005 es sujeto de resoluciones. No se puede ahondar más en este tema so riesgo de desviar el tema de enfoque, pero se debe indicar que este es uno de los temas que permite evidenciar las dificultades de diálogo intercultural y el carácter occidental colonialista de la concepción de los instrumentos de derechos humanos, con los que en otras latitudes se excusan los gobiernos para cercenar el goce de unos derechos y privilegiar otros.

Ahora bien, la segunda vía es la de los informes de los Estados, que como se dejó entrever, constituyen un mecanismo de asunción y fijación de responsabilidades, al menos políticas, muy importante. Este es el mecanismo típico de seguimiento a la ejecución de un instrumento internacional. Usualmente es el mismo instrumento el que fija esta obligación, y busca establecer cómo el Estado lo ha implementado – qué disposiciones de orden interno ha adoptado, qué medidas ha puesto en funcionamiento, etc. Estos informes, se

presentan al Secretario General de las NNUU, quien los reenvía al órgano competente para conocerlos de acuerdo con el instrumento internacional respectivo:

Figura N° 7

Instrumento Internacional	Órgano competente de NNUU ³²⁰
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 40)	Comité de Derechos Humanos
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 16)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Art. 9)	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Art. 19)	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Art. 18)	Comité contra la Tortura
Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 44)	Comité de los Derechos del Niño
Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Art. 73)	Comité de Derechos de los Trabajadores Migratorios
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Art. 35)	Comité de los derechos de las personas con discapacidad
Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (Art. 29)	Comité contra la Desaparición Forzada

Fuente: Elaboración propia

Una vez en manos del respectivo Comité, este lo examina y formula los comentarios que considere pertinentes al Estado respectivo; también puede solicitarle información

³²⁰ Información extractada de la página web de la Oficina de la Alta Comisionada de las NNUU para los Derechos Humanos, <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>

adicional. Posteriormente, los Estados pueden responder o formular alegaciones a dichos comentarios.

Pese a la debilidad de este mecanismo, quedan al menos tres garantías de su observancia: la publicidad del informe, la posibilidad de que el Comité respectivo abra investigaciones si considera que el informe no es satisfactorio, y tercera, que el Comité respectivo, dado su carácter técnico e imparcialidad con que debe actuar, contrasta la información suministrada por el Estado y solicita las precisiones y ampliaciones requeridas³²¹. Por último, solo resta indicar que las recomendaciones son vinculantes y los Estados deben seguirlas. Esta obligación no cuenta con mecanismos de reforzamiento a nivel internacional, pues no cuenta con garantías secundarias y los Comités no pueden establecer sanciones jurídicas a los Estados. De hecho los Comités prefieren actuar mediante el acompañamiento técnico y no mediante medios coercitivos, aunque muchas veces ello signifique en el terreno práctico, dilatar el cambio de la situación interna en cuanto a determinado derecho humano.

Esto sin embargo, no resta validez a los tratados internacionales, es más, el hecho de que no se establezcan instancias jurisdiccionales ante las cuales enjuiciar el incumplimiento de los derechos contenidos en instrumentos internacionales, no les resta valor vinculante; indica Hoof³²² que:

“...la disponibilidad del reforzamiento a través de tribunales o en formas similares no puede ser considerada una condición para el estatus jurídicamente vinculante de las normas de derecho internacional. Obviamente, se puede argumentar que tales remedios legales son deseables porque pueden realzar considerablemente la efectividad de las normas respectivas, y consecuentemente, debería hacerse un intento por proveer tal reforzamiento jurisdiccional también a las normas de derechos internacional. No obstante, tales consideraciones no pueden ser utilizadas para negar estatus jurídicamente vinculante a las normas de derecho internacional sobre las bases de que no pueden ser reforzada a través de métodos similares a aquellos que prevalecen en sistemas legales municipales.”

³²¹ Carlos Fernández de Casadevante Romani, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Op. Cit., p. 78.

³²² G.J.H. van Hoof, “The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views”, Op. Cit., p. 101. Traducción libre de la autora.

Como se observa, Hoof pone de manifiesto que la falta de garantías secundarias no afecta la vinculatoriedad jurídica de las normas de derecho internacional en materia de derechos humanos, con lo que se comprueba lo dicho páginas atrás con relación a que no se debe confundir los derechos fundamentales con su reforzamiento o garantía. Entonces, el cumplimiento de las normas de derecho internacional está mucho más sujeto al principio de buena fe de lo que lo están las normas internas, que sí cuentan en casi todos los casos, con garantías secundarias.

De todas formas, sí existen algunas situaciones en las que el derecho internacional previó garantías secundarias. Esto es, a través de denuncias interestatales y de denuncias individuales. En ambos casos, se tiene que observar si el convenio internacional respectivo hizo tal previsión o no, y adicionalmente, si el Estado aceptó o no la competencia del órgano de control; en el caso de las denuncias interestatales se requiere adicionalmente que el Estado denunciante haya aceptado dicha competencia. No se ahondará en el tema, salvo en lo respectivo a los Desc.

En la actualidad no es posible presentar denuncias individuales o interestatales, debido a que el instrumento respectivo no ha entrado aún en vigencia, pues aún faltan dos ratificaciones³²³. En todo caso, este instrumento, por demás echado de menos durante décadas en el sistema universal, contempla la facultad de que personas o grupos de personas en clara desventaja, presenten denuncias individuales o 'comunicaciones' (Art. 2º), al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este, una vez admita el asunto a trámite, puede otorgar medidas provisionales de protección, poner a disposición de las partes sus buenos oficios para alcanzar una solución amigable, o si no es posible, emitir una serie de recomendaciones al Estado para que solucione el asunto de manera satisfactoria.

De manera análoga, el Protocolo prevé un mecanismo de denuncias interestatales – 'comunicaciones entre Estados' (Art. 10º), que consiste básicamente en la posibilidad de que un Estado parte, que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del

³²³ Ver supra nota N° 162.

Comité, ponga en conocimiento que otro Estado parte no está cumpliendo con las obligaciones del PIDESC. Ello ocurre en dos etapas, primero directamente entre Estados, caso en el cual el Comité puede intervenir solo observando la cuestión, y si una vez agotado el procedimiento, el resultado no es satisfactorio para ambos Estados, cualquiera de ellos puede remitir el asunto al Comité, que intentará primero alcanzar una solución amigable, pero de no ser posible, emitirá las observaciones pertinentes.

Por último, el Protocolo introduce el mecanismo especial de investigación confidencial (Art. 11.2), que permite al Comité de manera oficiosa asumir la investigación sobre violaciones graves o sistemáticas de derechos económicos, sociales y culturales en un Estado. La investigación involucra al Estado denunciado, y permite que el Comité realice visitas al territorio, se busca pues, que el Estado observe por sí mismo la situación e implemente los correctivos necesarios, pues la investigación solo dará como resultado que el Comité emita sus observaciones, que aunque son vinculantes, no cuentan con mecanismos de refuerzo, salvo la inclusión, con previa autorización del Estado involucrado, de los resultados de la investigación confidencial en el informe anual del Comité, y la invitación a que los Estados también incluyan esta información en su informe sobre el cumplimiento del PIDESC.

Visto lo anterior, solo resta hacer mención al punto de vista institucional, para así cerrar la visión global del sistema universal de protección de derechos humanos. Dentro del sistema de NNUU se pueden distinguir dos tipos de organismos: los basados en la Carta de las Naciones Unidas y los nueve órganos de tratado (mencionados en la figura N° 7³²⁴). Los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas son de dos clases³²⁵:

³²⁴ Solo faltaría agregar el Subcomité para la Prevención de la Tortura, creado por el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, especialmente para llevar a cabo la tarea de visitas in situ y funcionar de manera confidencial.

³²⁵ Esta clasificación se basa en algunas de las indicaciones de Philip Alston, Ryan Goodman y Henry J. Steiner, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, New York, 2007, p. 735.

a) Creados directamente por la Carta:

1.Asamblea General

2.Consejo de Seguridad

3.Consejo Económico y Social (Ecosoc)

4.Corte Internacional de Justicia

5.Secretaría de las Naciones Unidas

6.Consejo de Administración Fiduciaria (no extinto pero inoperante en la actualidad)

b) Autorizados por alguno de los anteriores cuerpos³²⁶

Dentro de esta última categoría se destaca el Consejo de Derechos Humanos, instituido en 2006 por la Asamblea General, mediante Resolución A/RES/60/251, para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos. Este organismo, además de la función normativa, mencionada atrás, tiene tres funciones más, muy importantes para el fortalecimiento de la promoción y la protección de los derechos humanos: el examen periódico universal, el conocimiento de denuncias y los procedimientos especiales³²⁷.

El primero, es un mecanismo introducido en la misma Resolución 60/251, que consiste en la revisión de la situación de cumplimiento de derechos humanos por parte de todos los Estados miembro de NNUU cada cuatro años. El segundo, es el Mecanismo de denuncias, más conocido como Procedimiento 1503, que es similar al de investigación confidencial llevado a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales explicado atrás, con la diferencia de que las materias de conocimiento del Consejo de Derechos Humanos son más amplias y que este procedimiento si se encuentra operativo.

³²⁶ El listado de dependencias de cada uno de los principales órganos es muy extenso para enlistarlo aquí, por ello se remite a la página web de NNUU en donde se enuncia con claridad el esquema. <http://www.un.org/es/aboutun/structure/> Ver adicionalmente el anexo correspondiente al final del presente trabajo.

³²⁷ Información extractada de la página web del Consejo de Derechos Humanos <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrcouncil/>

Por último se encuentran los procedimientos especiales, establecidos por el Consejo para enfrentar situaciones concretas en los países o por temáticas. Estos pueden estar integrados por una persona o por un grupo de personas. En el primer caso se hablará de "Relator Especial", "Representante Especial del Secretario General", "Representante del Secretario General" o "Experto Independiente", mientras en el segundo, de "Grupo de Trabajo". En la actualidad hay 33 mandatos temáticos y 8 mandatos por país.³²⁸ Con relación a Desc se encuentran los siguientes:

1. Relatora especial sobre la **vivienda adecuada** como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado.
2. Relatora Especial en la esfera de los **derechos culturales**.
3. Relator especial sobre el **derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas**.
4. Relator especial sobre el derecho a la **educación**.
5. Relatora especial sobre la **extrema pobreza y los derechos humanos**.
6. Relator especial sobre el derecho a la **alimentación**.
7. Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de **salud** física y mental.
8. Relatora especial sobre el derecho humano al **agua** potable y el saneamiento.
9. Experto independiente sobre **las consecuencias de la deuda externa** y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales.

No se debe tomar este listado como excluyente, pues todos los derechos humanos se relacionan entre sí, y no se deben abordar de manera separada, y de hecho, los informes de los y las relatoras especiales se suelen caracterizar por presentar las problemáticas de manera transversal, por ejemplo, el derecho al agua potable y al

³²⁸ Ibíd. Listado completo de mandatos en <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm>

saneamiento está en conexión con la salud, pero también con la pobreza de las mujeres en áreas rurales que no cuentan este recurso y deben caminar varios kilómetros diariamente para conseguirla, con lo que al final de la jornada no tienen tiempo para escolarizarse ni trabajar³²⁹.

No quedaría completo este panorama sin hablar del Ecosoc, que aunque tiene un carácter más político, ya que está establecido para asuntos internacionales de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario, tiene con relación a los Derechos Humanos debido a que su trabajo influye en las políticas macro y tiene la posibilidad de hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos (Art. 62 Carta de las NNUU), esto se traduce por ejemplo, en la posibilidad que tiene de presentar proyectos de resolución a la Asamblea General a través de sus diferentes Comisiones. Adicionalmente, en la Cumbre Mundial de 2005 se le encomiendan dos labores más: el Examen Ministerial Anual y el Foro bienal sobre cooperación para el desarrollo³³⁰.

La primera labor busca 'evaluar los progresos realizados hacia la consecución de los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente derivados de las grandes conferencias y cumbres'³³¹ y concluye con una declaración ministerial sobre algún tema específico, por ejemplo, en 2011 versó sobre la educación, y este año, 2012, sobre capacidad productiva, empleo, trabajo decente para erradicar la pobreza; la segunda, 'proporcionar orientación normativa y recomendaciones para mejorar la calidad y las repercusiones de la cooperación para el desarrollo'³³². Como se observa, también son mecanismos políticos.

Existe un mecanismo adicional, relacionado con el derecho específico al trabajo, y que vale la pena mencionar, se trata del mecanismo de interposición de quejas, más conocido como mecanismo de 'encuestas', que contempla la Constitución de la

³²⁹ Para ampliar información sobre este tema ver documento A/66/255, Informe del 3 de agosto de 2011 de la Relatora Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento.

³³⁰ Información extractada de <http://www.un.org/es/ecosoc/>

³³¹ *Ibíd.*

³³² *Ibíd.*

Organización Internacional del Trabajo (OIT)³³³ (Art. 26 a 32). Se prevé la posibilidad de que un miembro presente una queja contra otro miembro que no haya adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio de un convenio que ambos hayan ratificado. Una vez concluida una primera etapa de arreglo amigable entre los dos miembros, procederá una etapa de recomendaciones al miembro denunciado, y luego, si alguno de los gobiernos involucrados no está de acuerdo con el resultado, queda facultado para someter la queja a la Corte Internacional de Justicia; adicionalmente, y este es el mecanismo utilizado usualmente por la entidad, existe la publicación de informes adversos a los Estados, lo que constituye una sanción, aunque más de tipo político.

Por último, solo resta mencionar a la Secretaría, que actúa en temas de derechos humanos a través de la Oficina de la Alta Comisionada de las NNUU para los Derechos Humanos, que es, en sus propios términos, “la principal funcionaria de derechos humanos de las Naciones Unidas”³³⁴. Su labor consiste en la prevención de casos de violaciones de derechos humanos, aseguramiento de su respeto, promoción de la cooperación internacional para su protección, coordinación de actividades conexas en toda la Organización de NNUU, y encabezar los esfuerzos por integrar un enfoque de derechos humanos en todas las actividades de los organismos de las NNUU³³⁵. Esta dependencia existe desde 1994, gracias a la Resolución 48/141 (A/RES/48/141) y la Alta Comisionada tiene la categoría de ‘Secretario General Adjunto’, lo que permite observar su carácter político más que técnico. En la actualidad tiene sedes de Ginebra y Nueva York (Oficina de enlace), once oficinas en países y siete oficinas regionales en el mundo, esto permite dimensionar su impacto político.

³³³ La OIT hace parte del sistema de Naciones Unidas, pero como organismo especializado, es decir, que se trata de una organización autónoma, y coordina sus acciones con el Ecosoc.

³³⁴ Información tomada de la página web de la entidad <http://www.ohchr.org/SP/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>

³³⁵ *Ibíd.*

2.3 Conclusiones

Se demostró en la primera parte del capítulo que se existe una diferencia entre derecho y sus garantías, y que ello se debe a un cambio necesario en la concepción de las normas jurídicas constitucionales, que impusieron a la teoría del derecho la necesidad de actualizarse, so pena de no dar cuenta de la realidad que pretenden regular. Las normas jurídicas que introducen derechos fundamentales, en especial de tipo económico, social y cultural que son las que interesan particularmente en este trabajo, son diferentes de aquellas a las que los juristas estaban acostumbrados, en la medida de que introducen supuestos de hecho sin fijar consecuencias jurídicas.

Esto debido a dos razones, los cambios sufridos por las constituciones (o normas materiales fundantes si se prefiere) desde principios del siglo XX, que dejaron de ser meras normas procedimentales y orgánicas para incluir contenidos materiales, usualmente bajo la forma de principios, y en segundo lugar, porque se revalorizó el papel de la democracia, con lo que la inclusión de este tipo de normas resultó vital para que posteriormente los parlamentos, legítimos representantes del pueblo, pudiesen desarrollar la labor de legislar para completar las consecuencias a los 'supuestos de hecho' constitucionales en la forma que mejor consideraran posible, y así posteriormente el poder ejecutivo debería hacer cumplir dichas leyes.

No se puede determinar a ciencia cierta en qué momento los juristas perdieron de vista estos puntos y empezaron a afirmar cosas tales como que los derechos sociales no son verdaderos derechos, pues están defectuosamente positivados, con lo que adicionalmente, no es posible llevarlos a conocimiento jurisdiccional.

En realidad, los problemas de falta de justiciabilidad e imposibilidad de justiciabilidad, son la excusa fachada de falta de voluntad política y compromiso de jueces y juezas por proteger efectivamente los derechos sociales. Es decir, el argumento de que es imposible justiciar un derecho social se ha presentado por años como un argumento de imposibilidad técnica, cuando en realidad siempre ha sido un problema político e ideológico disfrazado

de problema jurídico. He aquí la importancia de saber diferenciar las garantías o enunciados de protección de los derechos o enunciados de derechos, especialmente cuando han sido positivados de forma incompleta.

De hecho, autores como Luigi Ferrajoli³³⁶ denuncian este hecho, poniendo de manifiesto que los derechos sociales se convirtieron en un arma burocrática y para ganar simpatías, al convertirlos en concesiones discrecionales, fuertemente mediadas por la burocracia y los aparatos administrativos, lo que a la vez abre espacios significativos a la corrupción. Cuando sería mucho más fácil y eficiente el cumplirlos si desde el principio se trataran como lo que son: derechos, y no concesiones.

Se debe advertir también, que la postura de negar la exigibilidad de los derechos sociales genera complacencia en la inacción del Parlamento, contribuye a que el estado de cosas permanezca intacto y niega el carácter jurídico de las normas constitucionales. Asumir entonces como cierta la postura de que los derechos sociales no son verdaderos subjetivos contribuye a naturalizar las omisiones legislativas, gravísimas para la salud de una sociedad democrática y el desarrollo social.

Ahora bien otro problema existente es el de la sinonimia forzada entre garantizar, realizar y normar, pues condujo a pensar que basta con la sola inclusión de garantías primarias (positivas y negativas) para que un derecho tenga pleno efecto. Si bien, junto con la introducción de las garantías secundarias, es un paso absolutamente necesario para llegar algún día a un nivel decente de cumplimiento de estos derechos, no se debe cometer ingenuamente de nuevo el mismo error que con los derechos civiles y políticos, y pensar que la sola positivación es suficiente, pues existen muchos factores alrededor del cumplimiento o incumplimiento de las normas jurídicas que no deben dejar de ser tenidos en cuenta. Por tratarse de un tema de sociología jurídica y que sobrepasa los esfuerzos y enfoque del presente trabajo no se harán más consideraciones al respecto, pero la advertencia queda hecha.

³³⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y Garantismo*, Op. Cit., p. 74. Del mismo autor *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, p. 64 y 110-111 y *Principia Iuris* V.2, p.635 y 636.

La falta de garantías no es un obstáculo tan grande como se piensa para la justiciabilidad de los derechos sociales, pues como se mostró, la justiciabilidad es solo una de las facetas de exigibilidad de los derechos fundamentales, y que además, existen múltiples aspectos de un derecho social que sí pueden hacerse exigibles de manera inmediata y dependiendo del contexto particular de cada caso. Se pudo evidenciar además, que debido a la transversalidad de los derechos fundamentales, incluso un particular, a través de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, por ejemplo la conciliación, la mediación, el arbitramento, etc., podría llegar a conocer algún reclamo que incluya el ejercicio de un derecho social, lo que reafirma lo dicho por Amaya Olivas en cuanto a la necesidad de actualizar la enseñanza del Derecho y la preparación de los y las juezas.

Por otra parte, el estudio de las obligaciones de los Estados en el plano internacional, y las garantías existentes en el sistema universal de protección de derechos humanos en el seno de las Naciones Unidas, sin desechar las de los sistemas regionales que por cuestiones de extensión no se trataron en el presente trabajo, permitió observar que pese a la fragilidad del sistema, su excesiva burocratización y tinte político, sí existen mecanismos de justiciabilidad de los derechos sociales a nivel internacional.

No se puede desconocer que existen problemas de operatividad, pues tanto los órganos basados en la Carta de NNUU como los de tratado, solicitan a los Estados una gran cantidad de informes sobre el cumplimiento de derechos humanos en su territorio y los mecanismos y políticas puestos en funcionamiento para tal fin (ello sin contar con las obligaciones impuestas por su sistema regional de protección de derechos), lo que se hace necesario al interior de los mismos, un gran aparataje institucional. Deberíamos entonces cuestionarnos si el sistema universal está contribuyendo a una paradoja a nivel interno: los Estados están demasiado ocupados elaborando informes como para proteger los derechos. Se debe evaluar cuántos recursos, financieros, humanos, tecnológicos y de otra índole, se estarán destinando a dar respuesta a las obligaciones de reporte, para así abordar de manera integral los problemas de realización de derechos fundamentales.

Capítulo Tercero

DEBER DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD

En este capítulo se analizarán el deber de progresividad y la prohibición de regresividad, en aras de determinar cómo se pueden hacer exigibles, pues se trata de dos obligaciones características de los derechos sociales, y están directamente relacionadas con la forma en que estos derechos son realizables. En la primera parte del capítulo se estudiarán los caracteres generales de estas dos figuras, para posteriormente determinar cómo se relacionan con las garantías.

Una vez realizada esta labor se procederá a estudiar la justiciabilidad de estas dos instituciones, para lo cual, será necesario observar el panorama de la revisión judicial al respecto, y luego se revisarán dos prácticas representativas: los indicadores de derechos humanos y el test de razonabilidad, que rompen con el paradigma tradicional de control y ejercicio de la jurisdicción, pero que permiten realizar mejores aproximaciones a la cuestión de los derechos sociales.

Antes de iniciar el estudio propuesto se debe advertir al/la lector/a que el uso de las expresiones derechos sociales, derechos económicos, sociales y culturales no será tan relevante en este capítulo, en la medida que existe un entrecruzamiento entre las escalas nacional e internacional, y se utilizarán indistintamente, pues no se está realizando un estudio de tipo dogmático, que requiera especificar el catálogo de derechos al que se aluda.

3.1 Deber de progresividad

Se indicó en el segundo capítulo, que una de las obligaciones de los Estados a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, es la de realizar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales³³⁷. Esta obligación surge específicamente para esta clase de derechos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y

³³⁷ Ver supra 2.3.1 e), esquema de Víctor Abramovich y Christian Courtis.

Culturales (PIDESC) de 1966, aunque debe entenderse que es una condición lógica y connatural a todos los derechos humanos, piénsese por ejemplo en la inaceptabilidad de retrocesos en derechos civiles y políticos como el derecho al voto para las mujeres³³⁸.

El artículo Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) introduce la obligación en los siguientes términos:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” (Subrayado fuera de texto)

Esta disposición ha sido interpretada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité Desc en lo sucesivo), como órgano de tratado responsable de la supervisión del PIDESC y máxima autoridad de interpretación de dicho instrumento internacional, a través de la Observación General N° 3 del año 1990. En el #9 explica que la expresión ‘lograr progresivamente’ hace referencia a que la realización de dichos derechos no puede darse en un breve período de tiempo, por lo que se requiere que los Estados desplieguen de manera paulatina sus acciones para conseguirlos.

³³⁸ Esto puede explicarse por los principios que rigen el Estado de Derecho, entre ellos el de confianza legítima, de desarrollo pretoriano. Entidades como por ejemplo la Corte Constitucional colombiana han explicado que consiste en el “respeto por parte de las autoridades estatales del marco jurídico o fáctico previamente creado para la satisfacción de derechos prestacionales.” Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, Christian (Comp.), *Ni un Paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 158. Si bien explícitamente lo indica el autor para derechos sociales, es aplicable a cualquier clase de derechos fundamentales, pues las personas no esperan que las autoridades estatales estén instituidas para violar sus derechos o actuar desconociendo el marco jurídico. En el mismo sentido Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*, Junio de 2006, Bogotá, en: http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180 (14-06-2011), p. 8 y 17. Definen el principio de confianza legítima en términos de la expectativa que tienen las personas de que las autoridades mantengan las regulaciones existentes y explican que la seguridad jurídica y los principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos son inherentes a la idea misma de Estado de Derecho, y que si se protege la estabilidad normativa para la inversión económica, con mayor razón debe protegerse también a las personas y trabajadores/as con relación a sus derechos sociales.

La observación no hace referencias más explícitas a la definición misma del concepto, por lo que encuentro útil indicar en este punto la definición de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) por ser la más clara encontrada durante el curso de la presente investigación, sin que ello reste mérito a lo dicho en otras instancias o documentos tales como los 'Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986)' o las 'Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos sociales y culturales (1997)'

339

La Asamblea General de la OEA entonces define la progresividad como: "criterio de avance paulatino en el establecimiento de las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social o cultural"³⁴⁰. Como se observa, la progresividad tiene una doble naturaleza: es una obligación positiva de los Estados a la luz del derecho internacional y es una herramienta de evaluación del avance o retroceso en el desarrollo de derechos fundamentales.

Ahora bien, de acuerdo con el enfoque asumido en el presente trabajo conviene plantear una reformulación del concepto en los siguientes términos: el deber de progresividad es una garantía primaria, consistente en la obligación positiva que tiene el Estado de implementar de manera paulatina, y hasta el máximo de sus recursos, todas las condiciones necesarias para el disfrute de los derechos sociales en su territorio. Se trata

³³⁹ Los Principios de Limburgo son el resultado de un acuerdo académico, no son un instrumento de derecho internacional propiamente dicho, pero debido a su impacto y amplio acuerdo, son una referencia obligada en el tema de derechos económicos, sociales y culturales, y se han constituido en soft law. En la introducción del propio documento se explica su naturaleza de la siguiente forma: "Del 2 al 6 de junio de 1986, se reunió en Maastricht (Países Bajos), un grupo de distinguidos expertos de derecho internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la parte IV del Pacto." Ahora bien, con ocasión del 10º aniversario de este acuerdo, en 1997 se reunieron de nuevo varias instituciones académicas, para discutir, a partir de los Principios de Limburgo, el carácter y la extensión de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales y formular respuestas y soluciones apropiadas, y el producto, son las Directrices de Maastricht, que también hacen ahora parte del soft law sobre Desc.

³⁴⁰ Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) Art. 5.1.

entonces, en términos genéricos, de una garantía primaria – positiva, y específicamente, reviste la calidad de garantía institucional de tipo político y semi-político.

Esta obligación entonces asume dos tipos de prestación: una positiva inmediata y una positiva diferida. La primera se refiere al necesario nivel mínimo de goce de un derecho humano que se debe asegurar a las personas, y que nace de la vinculatoriedad jurídica de las normas de derecho positivo³⁴¹. En este sentido el Comité Desc ha reiterado en sus Observaciones Generales (OG) esta obligación, pues de otra forma se desnaturaliza el sentido del derecho respectivo³⁴².

La segunda prestación puede entenderse con relación a los efectos que la temporalidad conlleva. Estos pueden entenderse a partir de la explicación de Christian Courtis³⁴³ de los dos sentidos complementarios de la progresividad:

1. La satisfacción plena de los Desc supone cierta gradualidad.
2. Progreso: la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los Desc.

El primero se refiere al paso del tiempo, propiamente dicho, que se debe entender natural y necesario para la realización de estos derechos. El segundo, a la obligación efectiva que le asiste a los Estados de implementar constantemente medidas para lograr el goce de derechos, es decir, la no pasividad del Estado. Por ello indica el Comité Desc que las medidas que deben adoptar los Estados deben ser (1) deliberadas, (2) concretas y (3)

³⁴¹ Esta faceta ofrece muchos problemas para el contexto español en lo referido a los derechos sociales, pues la postura mayoritaria no los reconoce como derechos subjetivos sino a lo sumo como derechos objetivos en razón de su consagración constitucional como principios rectores de la política social y económica. De acuerdo con lo sostenido en el capítulo segundo se puede hacer un análisis detallado para salvar esta dificultad y sostener que cuando menos hay varias facetas de los derechos sociales que sí son exigibles de manera inmediata (exigibilidad en sentido estricto y judicialmente). Adicionalmente se debe tener presente que aunque se trate de derechos humanos – por referencia a la escala internacional, no al debate como derechos morales – el Estado español debe cumplir las obligaciones que contrajo a la luz del derecho internacional en razón del Artículo 10.2 de la Constitución.

³⁴² A modo de ejemplo se enuncian los siguientes: vivienda – OG N° 4 y 7; educación – OG N° 11 y 13; salud – OG N° 14.

³⁴³ Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" en Courtis, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 8.

orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC (Nº 2 OG 3 del año 1990, Comité Desc).

De acuerdo con lo anterior, la garantía primaria de progresividad de los derechos sociales reviste dos facetas, la primera, una realización inmediata del contenido esencial mínimo del derecho en cuestión; la segunda, la realización progresiva del derecho, mediante la implementación constante de acciones encaminadas a desarrollarlo y ampliarlo. Se debe tener presente adicionalmente que este conjunto de prestaciones 'positivas' va acompañado de obligaciones negativas, pues no tiene sentido que un Estado proteja la realización de un derecho, pero se olvide de ordenar a sus agentes que no interfieran con el goce del mismo. Por ello a continuación se presentará la otra cara de la situación, es decir, la prohibición de regresividad, pues sería ilógico por ejemplo que un día el Estado le reconociera el derecho a la propiedad privada sobre su casa a Pepe, pero semanas después lo despojara de la misma porque a los funcionarios del ayuntamiento no les agrada Pepe y no existen garantías de no expropiación.

3.2 Prohibición de Regresividad

Al igual que con el deber de progresividad, el PIDESC es el instrumento que positiviza en el derecho internacional la prohibición de regresividad. En el Art. 4º se indica: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática."

Por su parte, y apelando nuevamente a las definiciones de la Asamblea General de la OEA, las medidas regresivas son definidas como: "todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un

derecho protegido.”³⁴⁴

Como se observa, la regresividad se refiere a las limitaciones que sufre un derecho económico, social y cultural a causa de la introducción de una medida que desmejore el goce que se tenía del mismo, recorte las prestaciones conexas o reduzca su contenido. Debido a la gravedad y excepcionalidad de este tipo de medidas, el PIDESC especifica que las limitaciones deben hacerse mediante ley y ello coincide con lo explicado páginas atrás sobre el principio de confianza legítima, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad.

Explica al respecto Christian Courtis³⁴⁵ que la regresividad se puede presentar en dos formas: (1) Regresividad de resultados, a través del resultado de políticas públicas y, (2) Regresividad normativa, a través de normas jurídicas. Estas dos nociones, en criterio de Courtis, se desprenden de la concepción de progresividad y regresividad hecha por la Asamblea General de la OEA en la Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05)³⁴⁶, pues hablan de la regresividad que puede resultar a raíz de la aplicación de ‘disposiciones o políticas’.

Ahora bien, si esta es la forma en que se presenta, es decir, el tipo de norma (o ley) a través de la que se puede manifestar, ¿Sobre qué tipo de contenidos ocurriría? Se debe tener en cuenta que la regresividad puede ocurrir en tres situaciones: (1) el goce del derecho que se tenía en el momento de entrada en vigencia del PIDESC³⁴⁷; (2) el goce progresivo alcanzado y que se recortará y, (3) la abstención del Estado y sus agentes.

El primero tiene que determinarse en clave histórica, pues la entrada en vigencia del PIDESC (del año 1966) solo ocurrió hasta el 3 de enero de 1976, el Comité Desc solo emitió una OG sobre la obligación de presentación de informes contenida en el Pacto hasta su tercera sesión en 1989, y solo se tiene rastro de la evaluación de los primeros informes de Estado hasta la décimo sexta sesión del Comité en 1997³⁴⁸. Esto permite hacerse una idea

³⁴⁴ Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) nota al Art. 11

³⁴⁵ Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” Op. Cit., p. 3 y 4. En el mismo sentido se refiere el autor en Christian Courtis, *El mundo prometido*, Op. Cit., p. 55 a 57.

³⁴⁶ En sentido similar Mikel Berraondo y Asier Martínez, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas. Repensar hoy y hablar del mañana*, IPES Elkarte, Pamplona, 2011, p. 109.

³⁴⁷ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 94.

³⁴⁸ Ver sesiones del Comité en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/sessions.htm>

del panorama a nivel internacional, entonces la situación nacional no tuvo que ser mucho mejor, pues aún hoy en día, año 2012, se encuentran problemas en la Justiciabilidad de estos derechos. ¿Será acaso que los avances en derechos económicos, sociales y culturales solo ocurren cada década?

En segundo lugar, la regresividad puede observarse con relación a los progresos alcanzados, y que a consecuencia de una norma jurídica o política pública resultan disminuidos. Se desarrollará este tema con mayor detalle en los siguientes apartes, sin embargo, se debe indicar desde ya que las medidas regresivas pese a ser *prima facie* inválidas, si cumplen con ciertos requisitos, y resultan razonables y proporcionales, pueden ser aceptables, pues no hacerlo supondría petrificar la institucionalidad y con ello a la democracia misma, en el logro de todos los objetivos del Estado.

El único límite absoluto en este caso sería el *contenido mínimo esencial* del derecho en cuestión, al que alude el Comité Desc, pues es la provisión mínima aceptable fuera de la cual no es aceptable que se encuentre ninguna persona, y normar en sentido contrario sería ir en contra de la naturaleza misma de dicho derecho. Se trata de un tema tremendamente interesante, pero dada la extensión y el objetivo del presente trabajo no es posible abordarlo en mayor detalle.³⁴⁹

Por último, se encuentra la abstención del Estado y sus agentes, es decir, la obligación de abstenerse de invadir la esfera de los derechos sociales alcanzada por los titulares por sus propios medios, por ejemplo, evitando expropiaciones indebidas de los medios o herramientas de trabajo y sustento de las personas, o de sus viviendas, evitando desalojos forzosos (OG N°4 Comité Desc), evitando la privatización en la explotación de recursos hídricos o su contaminación por parte de terceros, e inclusive, evitando imponer tributos regresivos sobre los bienes inmuebles (viviendas) de personas económicamente vulnerables, entre otras medidas que se pueden citar como ejemplo.

Como se observa, se trata de una abstención compleja, o como diría Henry Shue, una abstención que requiere esfuerzos, pues no solo demanda de una activa abstención

³⁴⁹ Se encuentra en proceso editorial mi trabajo: *Contenido mínimo de los derechos humanos y Neoconstitucionalismo: el caso del derecho al trabajo*, producto de la Maestría en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, en: <http://hdl.handle.net/10644/2499>

del Estado, sino también que este permita participar a los titulares de los derechos en las decisiones que los afecten. Cobran importancia en este punto las garantías extra-institucionales o sociales, en sus dos sentidos: (a) en los ámbitos institucionales, para poner en funcionamiento las garantías institucionales establecidas para la protección de sus derechos, y (b) en los no institucionales, para asociarse en la generación de bienes que permitan la satisfacción de estos derechos o el reclamo en espacios políticos (huelgas, boicoteos de consumidores, etc.).

Visto lo anterior, es posible realizar una reformulación en clave garantista de la definición de la prohibición de regresividad en los siguientes términos: es una garantía primaria, consistente en la obligación negativa que tiene el Estado, de abstenerse de: (1) desmejorar mediante la introducción de legislación, o como resultado de la aplicación de políticas públicas, el nivel de goce y/o prestaciones de un derecho económico, social o cultural, (2) anular su contenido mínimo esencial y (3) obstruir de manera injustificada a los titulares el goce de dichos derechos, alcanzado de manera legítima y legal por sus propios medios.

Esta es genéricamente una garantía primaria – negativa, y específicamente, una garantía institucional de tipo político y semi-político, al igual que el principio de progresividad. Sin embargo, ambas son sujeto de garantías secundarias, por cuanto su violación o desconocimiento las hace pasibles de acciones jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales como se verá a continuación.

3.3 Justiciabilidad del deber de progresividad y de la prohibición de regresividad

De acuerdo con las Directrices de Maastricht, las violaciones de derechos económicos, sociales y culturales puede ser por comisión o por omisión; en el primer caso por “acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el

Estado”³⁵⁰, en el segundo, “por omisión o por la incapacidad del Estado a adoptar las medidas que dimanen necesariamente de sus obligaciones jurídicas”³⁵¹.

En el caso de las garantías primarias de progresividad y no regresividad esta diferencia resulta particularmente interesante, pues por una parte, se evidenciaría que las violaciones de los derechos sociales ocurrirían por una parte, por omisión del Estado al no satisfacer su progresividad, y por otra, por comisión al actuar de manera regresiva. La primera es la progresividad limitada, es decir, que pudiendo haber desarrollado acciones más amplias, el Estado omitió hacerlo³⁵²; esto se deriva de la obligación del PIDESC de ‘actuar hasta el máximo de recursos disponibles’ del Art. 2º.

Para estudiar con mayor detenimiento la forma en que las violaciones de derechos sociales ocurren tanto por omisión como por comisión, con relación a las garantías primarias de progresividad y no regresividad, se tendrán en cuenta las explicaciones de autores como Víctor Abramovich y Christian Courtis³⁵³ en la medida que explican que de la obligación de progresividad ya pueden deducirse obligaciones concretas que en caso de incumplimiento pueden ser sometidas a revisión judicial, pero me apartaré de su esquema, que se presenta a continuación, por resultar un poco confuso y de alcance limitado.

Los autores indican las siguientes cuatro obligaciones concretas con relación a la obligación de progresividad³⁵⁴:

1. Prohibición de regresividad con relación al momento de suscripción del PIDESC.
2. Prohibición de discriminación³⁵⁵.

³⁵⁰ Directrices de Maastricht # 14

³⁵¹ Íd. # 15. El #18 del mismo documento indica que parte de estas obligaciones es la de desplegar la debida diligencia para corregir los actos de actores no estatales que violen los derechos económicos, sociales y culturales de otros.

³⁵² De acuerdo con la Directriz de Maastricht #13, un aspecto que debe tenerse en cuenta al momento de evaluar la violación de un Desc es la distinción entre incapacidad y negativa de un Estado a cumplir con sus obligaciones contractuales.

³⁵³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 93 y ss.

³⁵⁴ *Ibíd.*

³⁵⁵ Expresamente el Art. 2.2 del PIDESC y como referencia, los Lineamientos de Limburgo Nº 22, 37 y 38, que diferencian entre discriminación *de jure*, para referirse a la causada por la normatividad, *de facto*, por el goce desigual de los derechos, y la discriminación positiva, que es la única deseable por cuanto busca establecer

3. Desplegar inmediatamente esfuerzos una vez entrado en vigencia el PIDESC³⁵⁶.
4. Derechos mínimos de subsistencia^{357 358}.

Si bien estas cuatro obligaciones son en efecto concretas, es más preciso identificar las violaciones como omisiones o comisiones, pues ello permitirá distinguir las técnicas idóneas para cada situación, y diferenciar si en efecto existe una violación de derechos sociales, o más bien, una política pública deficiente o limitada, caso en el que existe una limitación para la actuación de los tribunales, pues no pueden entrometerse de forma indebida en la labor de los demás poderes públicos, como se verá adelante.

3.3.1 Panorama general de la práctica de la revisión judicial en cuanto a derechos sociales

En este punto se debe retomar lo planteado en el segundo capítulo, cuando se habló de la exigibilidad judicial o justiciabilidad, y se expusieron tres posibles modelos de actuación de los tribunales con relación a derechos sociales: uno de interpretación extensiva de los derechos, uno limitado a la protección del contenido esencial (o contenido mínimo esencial de acuerdo con la terminología internacional) y uno intermedio de declaración de la violación del derecho con diferimiento del remedio a los órganos políticos.

Ahora bien, se debe indicar que estos tres tipos de actuación no son por sí mismos inadecuados o inaceptables, pero ello siempre y cuando se respeten los límites de la colaboración armónica, no interferencia, ni usurpación de competencias entre los

medidas para proteger a grupos o individuos que así lo requieren para poder gozar de estos derechos en igualdad de condiciones.

³⁵⁶ En el mismo sentido el Lineamiento de Limburgo N° 21.

³⁵⁷ En el mismo sentido el Lineamiento de Limburgo N° 25.

³⁵⁸ Sobre los niveles esenciales de los derechos se pronunció el Comité Desc de manera expresa para los derechos a la salud y el agua en las OG N° 14, 15 y 17, pero se hace extensiva la consideración a todos los Desc, en razón del *contenido mínimo esencial* de los derechos contenidos en el PIDESC – OG N° 3. En sentido similar Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios” Op. Cit., p. 10 y 11.

diferentes poderes públicos. Además, esta situación se debe a un fenómeno social relativamente reciente y es la apropiación de las personas de los mecanismos jurídicos como nueva forma de conducir sus luchas sociales.

Explica el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)³⁵⁹ que el que ahora se litiguen ciertos casos que antes no, se debe a los problemas de participación democrática y debilidad institucional, que hicieron que las personas, especialmente en América Latina, Estados Unidos y Suráfrica, se volcaran a la judicatura como espacio de solución de conflictos.

El CELS denomina el fenómeno como el *planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos*, y lo describe en los siguientes términos: "La debilidad de las instituciones democráticas de representación y el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social y política han contribuido a trasladar al ámbito judicial conflictos que solían dirimirse en otros espacios sociales. Se trata de un cauce relativamente nuevo en el que han volcado sus demandas y fortalecido su práctica distintos actores. Esta nueva práctica produjo modificaciones en la acción social y política de muchas organizaciones."^{360 361}

³⁵⁹ Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el Derecho*, Siglo Veintiuno, Argentina, 2008, p.25.

³⁶⁰ *Ibíd.*

³⁶¹ En el mismo sentido Rodrigo Uprimny, "La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos", *Revista Sur* N° 6, Año 4, 2007, en http://www.scielo.br/pdf/sur/v4n6/es_a04v4n6.pdf p. 60 y 61. Él da 4 razones para explicar el aumento de la judicialización de la política, especificándolo como fenómeno de América Latina y en parte de Estados Unidos: "1. Así, la extensión -o tal vez la mayor transparencia- de la corrupción coloca a los jueces en el centro del panorama político, ya sea por su permeabilidad a la propia corrupción, ya sea por su actividad en contra de ella, que no sólo los ha enfrentado a los poderes políticos sino que ha convertido a ciertos fiscales o jueces en personajes de gran notoriedad pública y respaldo ciudadano. Igualmente, en el campo social, algunos sectores de la judicatura se han comprometido en la defensa de los derechos ciudadanos, lo cual ha hecho que el aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por voto, con lo cual ha operado un cierto desplazamiento, bastante paradójico, de la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial. Finalmente, muchos ciudadanos ven más cercano y democrático al sistema judicial que al congreso o al ejecutivo, en la medida en que, frente a ciertos litigios, resulta más fácil acceder al aparato judicial, en la medida en que no son necesarios intermediarios políticos." (p. 61); 2.Despolitización de algunos temas sensibles por los propios actores políticos, para no asumir costos políticos o para superar bloqueo institucional; 3. Fortalecimiento de la judicatura y de su independencia; 4. Transición al neoconstitucionalismo, o constituciones sustantivas, que permiten amplia interpretación de las cláusulas constitucionales para invalidar decisiones legislativas y gubernativas contrarias al texto constitucional. Para el caso de Colombia agrega una quinta causa: la debilidad de los movimientos sociales.

Adicionalmente, el CELS pone de manifiesto que la esfera judicial, para los movimientos sociales y el litigio estratégico tiene varias funciones³⁶²:

- 1.Espacio de resguardo de los derechos (la más tradicional).
- 2.Mecanismo de transmisión de demandas sociales al Estado.
- 3.Mecanismo de fiscalización y/o de impugnación de las decisiones de los órganos del Estado.
- 4.Espacio para dialogar o confrontar a las diferentes instancias gubernamentales y otros protagonistas del conflicto.

Como se observa, la función judicial se ha revitalizado por razones políticas y sociales, pero ello no debe entenderse como una razón que justifique que las cortes invadan las esferas de acción de los otros poderes públicos y se abroguen competencias que no les corresponden. Ahora bien, surge un interrogante de difícil respuesta, pues ante la total inactividad de los otros poderes ¿cómo deberían proceder? Indica el CELS³⁶³ que los jueces no pueden suplir la inactividad de los otros poderes públicos, pero tampoco pueden ser pasivos ante violaciones de derechos, por lo que en casos limitados estaría justificada su actuación de manera amplia:

“La garantía y efectividad de los derechos reconocidos a través de políticas públicas depende de actividades de planificación, previsión presupuestaria e implementación que por naturaleza corresponden a los poderes políticos, siendo limitados los casos en los que la justicia puede suplir la inactividad de aquéllos. Sin embargo, aun en estos casos, veremos que los márgenes de actuación de la magistratura son variados y que han tendido a resguardar la órbita de acción de los demás poderes del Estado.”³⁶⁴

Entonces, de manera excepcional será aceptable que las cortes a través del remedio judicial “suplan” la inactividad de los otros poderes públicos, mas no los “suplanten”. Para entender por qué esta forma de actuación no es ilegítima, deben tenerse dos cuestiones presentes: el principio de colaboración armónica de los poderes públicos y el cambio en la

³⁶² Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el Derecho*, Op. Cit., p. 26.

³⁶³ *Id.*, p. 49 y 50.

³⁶⁴ *Ibíd.*

forma de construir y ejecutar políticas públicas, ambas resultado de la existencia de constituciones y democracias sustanciales.

La primera cuestión está relacionada, con la ruptura de la concepción clásica y estricta del esquema de división de poderes públicos, como consecuencia de los nuevos modelos constitucionales que introducen derechos fundamentales, limitan los poderes, ponen al Estado al servicio de las personas, les permiten a estas incidir en las decisiones que les afectan (al menos en el plano teórico), e introduce un esquema de garantías secundarias para que ello ocurra. Al entrar en funcionamiento este esquema, la estructura normativa se desordena, y con ello, se ponen en tela de juicio los principios de unidad, plenitud y coherencia del Derecho, pero simplemente lo que ocurre es un cambio de paradigma y la extensión del campo de acción de los poderes públicos, por lo que se va a necesitar que estos actúen de manera complementaria y no excluyente como ocurría antes.

La segunda cuestión, relacionada con lo anterior y con el fenómeno de *planteo en el ámbito judicial de conflictos públicos*, es que van a existir dos formas de incorporar derechos sociales en las políticas públicas. Explica Domingo Lovera³⁶⁵ que ello ocurre:

1. En el diseño e implementación de las mismas – aquí están solos el Legislativo y la Administración, y diseñan las políticas unilateral y discrecionalmente.
2. A través de la justiciabilidad – aquí hay un nuevo actor que acompaña al Legislativo y a la Administración, y controla su actuación en este tema: las cortes.

El primer camino, en sus propias palabras, *no ha probado ser el más conveniente*³⁶⁶, pues la cuestión de los derechos sociales es dejada en el camino y sustituida por la técnica económica y la planificación. Adicionalmente, ha ocurrido en algunos casos que se le deja de considerar derecho y se convierte en *graciosa concesión*³⁶⁷. El autor advierte sin

³⁶⁵ Domingo Lovera, "Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes", en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Op. Cit., 285 a 287.

³⁶⁶ *Id.*, p. 286.

³⁶⁷ En sus notas a pie indica un ejemplo de Chile, en el que se condicionó el acceso a derechos fundamentales a unas familias beneficiarias de ciertos planes sociales, a cambio de cierto esfuerzo personal. No es dable

embargo el peligro de la absolutización del rol de las cortes, pues que estas se autoproclamen como las únicas capaces de interpretar la constitución y por ende excluyan una (o cualquier) política por considerar que no se ajusta a su interpretación constitucional, es poner en riesgo la democracia³⁶⁸.

El segundo camino de construcción y aplicación de políticas públicas se da a través de las facetas que asume la revisión judicial y el papel de las cortes. El autor identifica entonces tres tipos posibles de cortes, según su actuación³⁶⁹:

1. La corte deferente
2. La corte razonable
3. La corte activista

La primera se caracteriza por mostrarse respetuosa y ceder a las actuaciones de los otros poderes públicos, lo que de manera moderada es aceptable en virtud del respeto a la democracia, pero cuando es una deferencia excesiva contribuye a la acumulación de poder y a la opresión de las personas marginadas del proceso político³⁷⁰. La segunda se distingue por actuar de manera razonable y atemperada, pues actúa buscando no romper el equilibrio en las cargas públicas que las personas deben soportar, pero corrigiendo las desviaciones u olvidos de las políticas públicas que afectan gravemente a las personas, en especial si pertenecen a colectivos vulnerables o históricamente discriminados, pues analiza los diferentes casos de acuerdo con circunstancias concretas³⁷¹. La tercera es aquella que

debatir en este punto del trabajo nuevamente sobre la fundamentación de los derechos fundamentales ni en las concepciones *duty-based* / *right-based*, pero se debe poner de manifiesto que cuando se trata de derechos fundamentales, este tipo de condiciones son inaceptables, pues el Estado no puede excusarse de cumplir sus deberes sobre la base de que el titular no cumplió con las obligaciones que le asistían de conformidad con las condiciones del programa. Cuestión diferente será la utilidad o no de implementar acciones especialmente enfocadas a la recuperación de la capacidad de agencia de las personas más desfavorecidas, pero el condicionamiento de acceso a los derechos fundamentales es más bien un chantaje, y convertiría los derechos en privilegios.

³⁶⁸ Domingo Lovera, "Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes", Op. Cit., p. 294 y 295.

³⁶⁹ Íd., p. 305 a 318.

³⁷⁰ Íd., p. 305

³⁷¹ Íd., p. 309 y ss.

lleva su actividad hasta el extremo de la cuestionabilidad, pues actúa de manera tan amplia en la interpretación de derechos y en la imposición de remedios judiciales, que genera dudas sobre si está o no entrometiéndose en la labor de los otros poderes públicos³⁷².

La adopción de uno u otro modelo de actuación no es una decisión absoluta o excluyente, pues una misma corte puede haber actuado de manera deferente en unos casos, mientras que en otros fue activista³⁷³, por ello no se puede decir *a priori* que alguno de los modos de actuación es completamente inaceptable, por cuanto existirán diversas circunstancias que exigirán diversas formas de actuar; por ejemplo, no se puede analizar de igual manera un caso en el que se involucra la vulneración del derecho a la educación de una persona discapacitada por total falta de políticas públicas sobre discapacidad y educación, que por una cuestión de falta de políticas públicas sobre la movilidad en medios de transporte público.

No se puede negar sin embargo, que en todo caso la balanza parece inclinarse hacia la corte razonable, que hasta el momento parece ser la que guarda mejor el equilibrio entre la defensa de los derechos fundamentales y el ejercicio de la actividad de los demás poderes públicos. Precisamente para poder determinar si el modelo de actuación es aceptable o no, se debe tener claridad sobre los tipos de control que realizan las cortes o tribunales en cuanto a derechos sociales³⁷⁴:

1. Control procedimental: para verificar que se haya tenido en cuenta la participación de terceras personas que podrían resultar afectadas por las leyes, normas o actos de la administración. Piénsese por ejemplo en el deber de consulta previa a las comunidades indígenas que deben agotar los Estados. Adicionalmente, este tipo de control

³⁷² *Id.*, p. 314

³⁷³ *Id.*, p. 306 y 308. Domingo Lovera ejemplifica la cuestión con la Corte Suprema en Chile, que fue *deferente* al negar el amparo constitucional a varias personas con VIH a quienes se les negaron retrovirales a los que por ley tenían derecho, pero fue *activista* al derribar la política pública de la píldora del día después.

³⁷⁴ En este aparte me apoyo en la exposición del Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el Derecho*, Op. Cit., p. 51 y ss. En el texto citado se expone el listado como formas de intervención del poder judicial, pero para evitar confundirlo con los modelos de actuación de las cortes dada la cercanía de los temas, se enfocara la exposición en el tipo de control realizado por la jurisdicción.

puede versar sobre el acceso a la información pública para el control previo de las políticas que serán adoptadas, por ejemplo, contratos de concesión de servicios públicos o con organismos multilaterales de cooperación, tipo FMI.

2. Control sobre la implementación de las políticas: los tribunales actúan como guardianes de la ejecución de las medidas.

3. Control de las políticas públicas a la luz de estándares constitucionales: se examina si la política pública cumple con los estándares de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad y no regresividad y transparencia³⁷⁵. Esto no debe confundirse con que el poder judicial pueda determinar que otra (mejor) política podría haberse adoptado, piénsese por ejemplo en el establecimiento de una política pública de subsidios al alquiler de vivienda para las personas de bajos ingresos y no en la construcción de viviendas.

4. Control de omisión: debido a la total falta de determinación de la forma de proteger un derecho fundamental (leyes o políticas públicas), el poder judicial, de manera excepcional, asume la elección de la medida y la conducta debida. Pero esto es visible en casos en que “verifica la existencia de una única medida de política pública adecuada – es decir, la inexistencia de alternativas para satisfacer el derecho en cuestión –, y ordena realizarla”³⁷⁶; por ejemplo, “adecuar las estaciones de ferrocarril a fin de que sean accesibles para personas con movilidad reducida.”³⁷⁷

Como se observa, la actuación de las cortes en la protección de derechos sociales asume una gran cantidad de variables, que permiten realizar un acercamiento más adecuado al tema, y no simplemente indicar que este tipo de derechos no son exigibles por vías judiciales, o qué hacerlo es actuar de manera ilegal e irracional, pues los jueces

³⁷⁵ *Íd.*, p. 100

³⁷⁶ *Íd.*, p. 218

³⁷⁷ *Ibíd.* Otro ejemplo sería el de la Sentencia N° T-406/92 de la Corte Constitucional Colombiana, en la que se ordenó a Empresas Públicas de Cartagena la terminación del acueducto en el barrio Vista Hermosa, pues la no conclusión de las obras y la puesta en funcionamiento sin las condiciones técnicas requeridas generaba el desbordamiento de aguas negras y estaba generando serios problemas de salud a los habitantes del barrio.

deben estar completamente apartados de los temas políticos, generando así divisiones inútiles y visiones alejadas de la realidad sobre las funciones de los poderes públicos.

Por último, vale la pena indicar a modo de ejemplo las sentencias bilaterales o deliberativas, como una forma creativa en que la judicatura ha salvado la dificultad de imponer remedios judiciales que equivalgan a desplazar al Legislativo y a la Administración. Este tipo de sentencias son el resultado de ampliar la forma en que se realizan los juicios, para incluir un diálogo con los otros poderes públicos, y no solo dictar un fallo actuando solo a partir del propio criterio de los tribunales.

Gerardo Pisarello³⁷⁸ explica que este tipo de actuaciones se debe a un cambio de concepción en el papel de la jurisdicción, pues, y refiriéndose al caso específico de los tribunales constitucionales, estos son los "custodios del carácter progresivo, deliberativo e inclusivo del principio democrático"³⁷⁹, por lo que ya no actuarán unilateralmente corrigiendo los yerros de los órganos políticos, por ejemplo, retirando del sistema jurídico las normas inconstitucionales, sino que ahora colaborarán con aquellos "de una manera no necesariamente condescendiente, en la reparación de dichas actuaciones (u omisiones)"³⁸⁰.

Esta forma de llevar a cabo los procesos jurisdiccionales respectivos incluye medidas como las siguientes³⁸¹:

1) Recolección de información relevante sobre el caso, a través de peritajes, informes, u otro tipo de mecanismos, para identificar a las víctimas de la vulneración de derechos y establecer su situación.

2) Realización de audiencias en las que las partes y otros interesados (*amici curiae*) puedan aportar argumentos de relevancia pública.

3) Exhortación a los poderes públicos a encontrar i) soluciones concretas, de corto plazo, para los casos más urgentes y los colectivos vulnerables, y ii) de diseño de programas de largo plazo.

³⁷⁸ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites, Op. Cit., p. 67 y 68.

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ *Ibíd.*

³⁸¹ *Id.*, p. 69. La enumeración se apoya en el trabajo de Gerardo Pisarello, sin reproducirlo exactamente.

4) Realizar seguimiento de los fallos para asegurar su efectividad, por ejemplo, a través de la fijación de cronogramas de cumplimiento.

Visto lo anterior, se superan los argumentos en contra de la intervención judicial en la defensa de derechos sociales, bien por considerarla imposible, bien por considerar que en todos los casos representa una intromisión indebida en la labor de los órganos políticos. Esto adicionalmente, porque como se demostró en el segundo capítulo, existen otros mecanismos, no judiciales, para la exigibilidad de estos derechos, tanto a nivel nacional como internacional.

A continuación se presenta la figura N° 8, en donde se agrupan de acuerdo con lo expuesto en el presente trabajo, las garantías institucionales aplicables al caso de la progresividad y no regresividad. Se debe tener presente que algunos de estos mecanismos de garantía no serán 'activables' de manera exclusiva para el caso de la progresividad y la no regresividad, sino en conjunto con la situación general de los Desc y las obligaciones al respecto que le atañen a un Estado determinado, por ejemplo los informes al Comité Desc.

Figura N° 8

Garantía Institucional	Escala Internacional	Escala Nacional
Garantías Políticas y Semi-Políticas	<ul style="list-style-type: none"> -Presentación de informes a órganos de tratado. -Resoluciones A.G. NNUU -Consejo de Derechos Humanos: Examen Periódico Universal y Procedimientos especiales (Unipersonales o Grupos de Trabajo, p.e. Relatores/as Especiales) -Ecosoc: Examen Ministerial Anual, Foro bienal. 	-Juicios políticos
Garantías Jurisdiccionales y Semi-jurisdiccionales	<ul style="list-style-type: none"> -Denuncias interestatales (Comité Desc y Encuestas OIT) -Denuncias individuales (Comité Desc) -Investigación confidencial Comité Desc y Procedimiento 1503 Consejo de Derechos Humanos. 	<ul style="list-style-type: none"> -Juicios en los que se utilice el test de razonabilidad -Casos individuales y colectivos -Juicios de responsabilidad fiscal y disciplinaria.

Fuente: Elaboración Propia

De varias de estas garantías se habló en el capítulo segundo, por lo que centraré el análisis ulterior en dos técnicas prioritarias para la justiciabilidad de las garantías de progresividad y no regresividad: los indicadores de derechos humanos y el test de

razonabilidad. Se trata de dos herramientas que permiten, respectivamente, establecer el nivel de avance en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales, y la aceptabilidad de medidas regresivas.

La diferencia radica en que los indicadores se utilizan para establecer el cumplimiento de las obligaciones estatales a nivel internacional, por lo que su impacto se podrá evidenciar a nivel de situación país, es decir, no son un mecanismo idóneo para la exigibilidad de casos individuales o colectivos, pero son una valiosa fuente de pruebas para los mismos a nivel nacional. Su valor para la justiciabilidad radica entonces en el valor probatorio, y no se debe olvidar el impacto político que pueden generar tanto en la esfera internacional como en la nacional.

Por otra parte, el test de razonabilidad es una herramienta que utilizan las cortes a nivel nacional para determinar la aceptabilidad o no de medidas regresivas adoptadas por los órganos políticos; esto implica que se encuentren relacionadas directamente con la justiciabilidad de casos individuales y colectivos, y en abstracto, pues será utilizada principalmente en el control abstracto de constitucionalidad y en las acciones de protección o amparo constitucional.

3.3.2 Exigibilidad del deber de progresividad e indicadores de derechos humanos

Una de las dificultades para determinar el avance, inactividad o retroceso de los Estados en materia de derechos ha sido el establecimiento de mecanismos objetivos de medición, más aún cuando ello planteaba retos matemáticos a juristas; sin embargo, la experiencia del índice de desarrollo humano, parece haber sembrado el terreno para dejar de percibir la medición del cumplimiento de derechos humanos como algo temible o imposible.

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, precisamente recogió esta inquietud y puso de manifiesto una de las metodologías necesarias para evaluar los progresos en materia de derechos económicos, sociales y culturales que realizan los

Estados³⁸². En el Artículo 98 sugirió la implementación de un sistema de indicadores en los siguientes términos:

“Para fortalecer el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, deberían examinarse otros métodos, como un sistema de indicadores para medir los avances hacia la realización de los derechos enunciados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel nacional, regional e internacional.” (Subrayado fuera de texto)

Un sistema de indicadores de derechos humanos es entonces una metodología de medición cuantitativa y cualitativa que permite establecer el nivel de disfrute de estos derechos, y los niveles de cumplimiento de las obligaciones de los Estados al respecto³⁸³. Ahora bien, dadas las dificultades en el establecimiento de los contenidos de lo que deben medir los indicadores, el sistema universal de protección de derechos humanos, bien puede ser por las dificultades de relativismo cultural, la utiliza de manera cauta para sus actividades de monitoreo, aunque estableció unos criterios y metas globales en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que se espera haber logrado en 2015, y que pueden considerarse enfocados en este sentido; por ejemplo, uno de los ocho ejes es la erradicación de la pobreza extrema y el hambre, y uno de los indicadores del mismo es

³⁸² Aunque el tema de indicadores para medición de derechos no es tan nuevo, pues estos se vienen utilizando desde los años 60 del siglo XX. Jesús García Cívico, “¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?”, en *Derechos y Libertades*, N° 24. Época II, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2011, p. 4.

³⁸³ Mikel Berraondo y Asier Martínez, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas*, Op. Cit., p. 102. Los autores explican que los indicadores “Son medidas que ayudan a responder a la cuestión saber cuánto o cuándo se han producido progresos para conseguir ciertos objetivos. Son datos que nos permiten evaluar o ser síntomas del comportamiento del Estado sobre si cumplen o no sus obligaciones en materia de derechos y en qué medida. Son herramientas metodológicas que facilitan una aproximación empírica a las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, indicando en qué medida las instituciones del Estado avanzan, retroceden o se estancan en relación con estos objetivos sociales establecidos.” (p. 101)

“Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a 1 dólar por día”³⁸⁴.

Pese a lo anterior, la Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ha realizado esfuerzos en la conceptualización e implementación de este sistema, y estos están recogidos en el ‘Informe sobre los indicadores para promover y vigilar el ejercicio de los derechos humanos’ (HRI/MC/2008/3)³⁸⁵.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos se encuentra también en un proceso de implementación de medición a través de la utilización del sistema de indicadores, desde que en noviembre de 1999 entrara en vigencia el Protocolo de San Salvador, y fuese necesario implementar el mecanismo de informes propio del sistema regional, para lo cual, en 2005 la Asamblea General de la OEA adoptó las ‘Normas para la confección de los informes periódicos’ mediante el citado documento AG/RES. 2074 (XXXV-O/05). Este documento dispuso a la vez, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentara una propuesta de indicadores de progreso (Art. 93) para su eventual aprobación. Los lineamientos propuestos por la Comisión fueron aprobados por la AG de la OEA en julio de 2008 mediante el documento OEA/Ser.L/V/II.132.

Debido a la extensión del contenido de los documentos de la Oficina de la Alta Comisionada y del sistema interamericano, no es posible entrar de manera detallada a describirlos, y ello sobrepasaría los esfuerzos del presente trabajo, pero se abordarán los ejes comunes y principales elementos, para lograr los objetivos propuestos en el presente capítulo y se anexa al final una de las matrices del Sistema Interamericano³⁸⁶.

³⁸⁴ Los reportes de progreso de 2010 no son nada alentadores, y los retrocesos y estancamientos se explican en la crisis financiera mundial. Ver reporte en: http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/pdf/MDG_Report_2010_SP.pdf#page=13

³⁸⁵ Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Indicators/Pages/documents.aspx> También es relevante el documento predecesor: HRI/MC/2006/7.

³⁸⁶ No se incluyen en el presente texto análisis sobre la utilización del sistema de indicadores en Europa, en debido a la poca familiaridad con un tema tan específico y al enfoque específico en el sistema universal de protección de derechos humanos adoptado en el trabajo; sin embargo, se debe indicar que la Unión Europea sí ha realizado esfuerzos para implementar esta metodología en sus acciones de monitoreo. Ver por ejemplo el trabajo de Eva-Maria Hohnerlein, “Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea”, en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (Comp.), *La medición de derechos en las políticas públicas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010, p. 197 a 231.

Los indicadores básicos que se monitorean son de tres tipos, estructurales, de proceso y de resultados. Los primeros miden la institucionalidad y nivel de organización de un Estado, tanto a nivel de organismos y oficinas responsables, como de legislación existente; los indicadores de proceso, miden los esfuerzos del Estado, es decir, evalúan la calidad, alcance y cobertura de las estrategias desplegadas, y a diferencia del primer grupo de indicadores, que se evalúa en términos de 'sí o no', estos requieren una base comparativa de referencia. Por último, los indicadores de resultados buscan medir el impacto de las medidas desplegadas.

Estas categorías se analizan en una matriz cruzándolas con tres categorías conceptuales para facilitar el análisis: i) recepción del derecho; ii) capacidades estatales; iii) contexto financiero y compromiso presupuestario. Por último, se deben utilizar indicadores y señales sobre tres temas transversales: i) igualdad; ii) acceso a la justicia; iii) acceso a la información y participación, para así incluir los enfoques de género, étnico, de diversidad étnica y cultural y de discapacidad³⁸⁷.

Ahora bien, regresando al punto de partida de la regresividad, y recordando que esta puede ser normativa o de resultados, se tiene que ambas clases se pueden verificar con la metodología de indicadores, la diferencia es que la de resultados se verifica con los indicadores de proceso y evolución o resultado, mientras que la normativa con los estructurales, debido a que son del tipo 'sí o no'.

Se debe tener presente que la regresividad normativa además es medible a través del 'test de razonabilidad', pues supone la introducción de normatividad regresiva, que *prima facie* es inválida, pero que si supera ciertos requisitos, como se verá adelante, es aceptable. Este tipo de regresividad es entonces justiciable, o en otros términos, la violación de la no regresividad – normativa, es accionable en juicio. La no regresividad – de resultados, también lo será, pero a través de otro tipo de acciones judiciales, pues a diferencia de aquella, supone la existencia de casos individuales y dará lugar a controles concretos (de legalidad y constitucionalidad).

³⁸⁷ Asamblea General de la OEA, documento OEA/Ser.L/V/II.132 'Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales'.

Precisamente advierte Christian Courtis sobre este último punto, que no se debe perder de vista que la justiciabilidad de la no regresividad - de resultados, es mucho más difícil, y que esta dificultad ocurre con ocasión de tres cosas³⁸⁸:

1. La falta de tradición en el litigio sobre la base de pruebas, que requieran la sistematización de datos empíricos.

2. Problemas vinculados con los medios probatorios requeridos para probar la relación de causalidad, pues debido a los alcances generales de las políticas públicas, podría terminarse no infiriendo violaciones de derechos, sino más bien aciertos o desaciertos de dichas políticas.

3. El remedio adecuado. Si bien se puede haber identificado a través de los indicadores la regresión en derechos sociales, cuál remedio deberán ordenar los y las juezas.³⁸⁹

No comparto la opinión del autor en cuanto a esta última dificultad, por cuanto en el segundo capítulo y en anteriores apartados de este capítulo, se expuso que existen diferentes tipos de respuestas judiciales a los problemas de derechos sociales, y si bien los y las juezas no pueden entrar en el campo de diseño de políticas públicas, si deben ejercer un papel activo en cuanto al señalamiento a la Administración Pública de la violación de derechos de esta índole, y sale de toda lógica admitir que no existe remedio adecuado, cuando se está precisamente verificando que existía una situación previa en el goce de derechos fundamentales que fue desmejorada. Lo lógico sería ordenar regresar al estado de cosas anterior de ser ello posible, o en el peor de los casos una compensación para resarcir el daño.

Adicionalmente, se deben tener en cuenta dos situaciones más: la primera, relacionada la provisión mínima de derechos, por debajo de las cuales se vulnera la vida digna de las personas – contenido mínimo esencial, que daría una pauta muy importante a

³⁸⁸ Christian Courtis, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" Op. Cit., p. 7, y *El mundo prometido*, Op. Cit., p. 58 y ss.

³⁸⁹ En los dos trabajos de Christian Courtis citados en la nota anterior, el autor ofrece como alternativa a esta dificultad los mecanismos de seguimiento periódico de las políticas públicas del derecho internacional (sistema universal, y regionales de protección de derechos humanos), por ejemplo, los mecanismos de informe periódico a órganos de tratado, señalados en el segundo capítulo del presente trabajo.

los jueces y juezas para emitir un fallo. La segunda, que inintencionadamente el autor replica las estructuras de pensamiento iusprivatista para dar respuesta a problemas de derechos fundamentales, cuando existen nuevas modalidades de impartir justicia sin invadir la esfera de acción de otros poderes públicos, por ejemplo, a través las sentencias bilaterales. Cuestión diferente será, y en este aspecto sí podría llegar a coincidir con la opinión del autor, que en la práctica un proceso judicial de estas connotaciones fracase, pero ya debido a cuestiones como la preparación de los jueces y juezas, su postura ideológica, la impericia técnica, etc.

3.3.3 Justiciabilidad de la prohibición de regresividad y test de razonabilidad

En apartes anteriores se anticipó que la regresividad puede ser revisada en sede judicial, ello debido a que los tribunales constitucionales³⁹⁰ tienen el poder de revisar la normatividad que introduzca retrocesos en los derechos sociales. La extensión de tal poder dependerá de la dogmática de acuerdo con la cual se analice la situación, pues algunos tribunales constitucionales tendrán la posibilidad de realizar controles previos de constitucionalidad sobre ciertas materias, mientras otros no, pero en términos generales el control abstracto de constitucionalidad les permitirá examinar si una norma regresiva es aceptable o no, claro está, que esta técnica es extensiva también a los casos individuales y colectivos, a través de las acciones de amparo o protección constitucional, pues no puede existir un doble estándar al respecto.

Explican Víctor Abramovich y Christian Courtis³⁹¹, que la obligación de no regresividad está relacionada con el concepto de *razonabilidad de la ley*, utilizado en Argentina y Estados Unidos para determinar si hubo o no respeto del debido proceso sustantivo en la reglamentación de los derechos. Y definen el debido proceso sustantivo como "un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que deja la

³⁹⁰ Se debe tener presente que también los tribunales encargados de lo contencioso-administrativo podrían realizar controles de legalidad de normas de inferior jerarquía y podrían decretar la ilegalidad de las mismas con fundamento en la violación de la no regresividad.

³⁹¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 96 a 98.

Constitución al legislador, y la ley al organismo ejecutivo – administrativo o judicial –, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar³⁹². Ahora bien, el cumplimiento o no del debido proceso sustantivo, se verifica a través del juicio o test de razonabilidad.

Esta herramienta, de raigambre pretoriana, existe como respuesta a la difícil tarea de controlar judicialmente los retrocesos en derechos sociales. Esto, teniendo presente que las cortes pueden optar por tres posturas diferentes a la hora de responder la pregunta de si la prohibición de regresividad es absoluta o no. En ese orden de ideas, las cortes pueden inclinarse hacia uno de dos platillos de una balanza, (1) la prohibición es absoluta; (2) la prohibición no es absoluta, o bien pueden equilibrar el peso de los dos platillos de la balanza y optar por una postura intermedia, en la que las medidas regresivas son *prima facie* inválidas, pero si los órganos políticos logran demostrar que dichas medidas son razonables, necesarias y proporcionales, serán admisibles³⁹³.

Qué se debe observar entonces al aplicar un test de razonabilidad a una norma o política pública. Se debe tener presente que esta cumpla tres condiciones: (1) constitucionalidad, (2) necesidad, y (3) racionalidad. En primer lugar, la medida no debe ser contraria a la Constitución³⁹⁴, es decir, no debe ir en directa contravía del contenido constitucionalmente establecido para el derecho; por ejemplo, serían inaceptables medidas discriminatorias en razón del sexo de las personas, ó que disponiendo la constitución la gratuidad de la educación primaria, la norma contemplara cobros. La necesidad se refiere básicamente, a que la restricción de derechos se encuentre justificada por (a) los hechos o circunstancias sociales que le han dado origen y (b) los fines lícitos perseguidos por la

³⁹² Íd. p 97

³⁹³ Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?*, Op. Cit. p. 3 y ss. Los autores presentan el caso de la Corte Constitucional Colombiana, realizando un análisis de casos para encontrar que la entidad asumió las tres posturas en diferentes fallos, pero que con el paso del tiempo se consolidó en la postura intermedia. Indican adicionalmente que esta dogmática es benéfica para la democracia, pues alienta el debate público: "Es más, esa dogmática incluso estimula la deliberación democrática, pues obliga a las autoridades a justificar, en forma pública y convincente, los eventuales retrocesos en la garantía de los derechos sociales." (Íd., p. 18)

³⁹⁴ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 99.

norma³⁹⁵. La tercera condición tiene que ver con la proporcionalidad que tiene que existir entre los antecedentes y los fines de la medida³⁹⁶.

Estas condiciones deberán ser demostradas en un proceso judicial en el que los órganos políticos venzan la presunción de invalidez de las medidas regresivas; este juicio se caracterizará por dos particularidades: la inversión de la carga de la prueba, pues serán el Legislativo o la Administración quienes deberán demostrar la razonabilidad de la medida³⁹⁷, y una carga alta de demostración de razonabilidad, por lo que en caso de duda, los y las juezas deben inclinarse por la inconstitucionalidad – *in dubio pro justitia sociales*³⁹⁸.

En ese orden de ideas, los órganos políticos en aras de salvar la medida deberán demostrar: (i) la existencia de un interés estatal lícito, (ii) el carácter imperioso de la medida, (iii) la inexistencia de cursos de acción alternativos menos restrictivos del derecho en cuestión³⁹⁹, (iv) que se han empleado todos los recursos de los que dispone el Estado, y aun así, necesita acudir a la medida para proteger los demás derechos del PIDESC⁴⁰⁰, (v)

³⁹⁵ Íd., p. 100

³⁹⁶ Íd., p. 101

³⁹⁷ Íd., p. 102

³⁹⁸ Íd., p. 106. En similar sentido Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?*, Op. Cit. p. 23. Indican estos autores que “la justificación de una medida de retroceso tiene que ser más fuerte que aquella que sería suficiente para sustentar una medida de desarrollo progresivo de un derecho social, pues se trata de derrotar una presunción de invalidez. Esto se puede explicar con el siguiente ejemplo: supongamos que un Gobierno A aumenta la gratuidad en la educación pública del grado noveno de escolaridad al décimo, mientras que otro Gobierno B reduce la gratuidad del grado once al décimo. En ambos casos, las medidas gubernamentales conducen a un resultado semejante y es que la educación queda gratuita hasta el grado décimo de educación. Sin embargo, el Gobierno B tiene que dar razones mucho más poderosas que el Gobierno A para justificar su decisión, precisamente porque se trata de una medida regresiva, que se presume inválida. Podría entonces conjeturarse que frente a las medidas de desarrollo progresivo basta con que las autoridades muestren su mera razonabilidad, mientras que las decisiones regresivas, para ser justificadas, requieren un análisis de proporcionalidad más estricto, pues las autoridades deben refutar la presunción de inconstitucionalidad que cubre esas medidas, por lo que deberían, según ciertos desarrollos jurisprudenciales de la CCC [Corte Constitucional Colombiana], mostrar que se trata de medidas necesarias para alcanzar objetivos constitucionales imperiosos. Y eso obviamente facilita la obtención de protecciones judiciales más efectivas, pues no es tan fácil para las autoridades demostrar que ellas son indispensables para lograr fines constitucionalmente ineludibles.”

³⁹⁹ Íd., p. 109. Este punto ha sido fijado por el Comité Desc en varias OG

⁴⁰⁰ Íd., p. 110. No son de recibo entonces argumentos generales de política pública, disciplina fiscal u otro tipo de metas económicas, debe tratarse de beneficios a otros derechos económicos, sociales y culturales. Esto coincide en alguna medida con la propuesta de Luigi Ferrajoli, en el sentido de establecer los derechos fundamentales junto con sus garantías, y generar modificaciones de los textos constitucionales en tal sentido, por ejemplo, se deberían establecer “cuotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciéndose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal.”

que con la medida no se violan los mínimos de provisión del derecho⁴⁰¹ (contenido mínimo esencial).

Por otra parte, el impugnante de la medida debe demostrar *prima facie* su regresividad y ello lo logra, poniendo de manifiesto que el grado de efectividad de la medida es menor al que tenía la legislación anterior, por ejemplo, porque limita, restringe, reduce la extensión o el sentido del derecho social, o impone condiciones que antes no se debían sortear para poder ejercerlo⁴⁰². No se debe en todo caso entrar a realizar un análisis empírico de la mejor o peor situación del derecho social en el Estado, ello es labor de la evaluación a través del uso de indicadores, que si bien arrojarían información valiosa al caso, no son el centro de discusión judicial, pues se estará analizando "una decisión de una autoridad que implica un retroceso normativo para un grupo de personas específico o para la situación general de un derecho específico, lo cual es relativamente más fácil de determinar."⁴⁰³

Se observa entonces que sí es posible realizar un control jurídico a la labor del Legislador y la Administración a través de mecanismos jurisdiccionales. Las personas cuentan entonces con un valioso mecanismo de defensa de sus derechos sociales, y de interdicción de la arbitrariedad de las autoridades públicas, pues no se trata solo de que los órganos políticos tengan la facultad de legislar, es que deben hacerlo con un claro propósito de desarrollar los derechos sociales y no recortar su goce ni su contenido, de manera injustificada.

3.4 Conclusiones

Una vez hecha la revisión de las garantías y los derechos, y habiendo concluido el análisis de justiciabilidad de los derechos sociales, es posible indicar que el deber de

(Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., p. 64 y *Principia Iuris*, Vol. 2, Op. Cit., p. 95).

⁴⁰¹ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op. Cit., p. 110.

⁴⁰² *Id.*, p. 112

⁴⁰³ Rodrigo Uprimny y Diana Guarnizo, ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad?, Op. Cit. p. 22.

progresividad, o la obligación de realización progresiva de los derechos sociales, es una garantía primaria y como tal, en caso de incumplimiento, sería pasible de garantías secundarias; sin embargo, se debe tener presente que en el estado actual sólo es pasible de exigibilidad en sentido estricto, y en sedes internacionales, pues haría falta aún establecer mecanismos que permitieran que las personas planteen casos, tanto de control abstracto como de índole individual (a través de acciones de protección o amparo constitucional) para obtener remedios judiciales por falta de desarrollo progresivo de los derechos sociales.

Se deben realizar análisis más detallados para determinar en qué casos particulares, la dogmática de determinado Estado contempla la posibilidad de hacer justiciables las omisiones legislativas, especialmente cuando se trata de carencias absolutas de normas y políticas públicas para realizar derechos sociales⁴⁰⁴, sin embargo, esto plantea un interrogante de más amplio espectro, ¿es la democracia justiciable?

Adicionalmente, la justiciabilidad del deber de progresividad en sede internacional se encuentra congelada, por cuanto el mecanismo de denuncias individuales contemplado en el Protocolo Facultativo al PIDESC (de 2008) aún no ha entrado en vigencia, y la historia de desarrollos en derechos sociales en el sistema universal de protección de derechos humanos ha mostrado que los avances se producen de forma muy lenta y en un ambiente excesivamente burocratizado, por lo que una visión realista de la situación, se enfocaría en no dejar reposar los mecanismos de exigibilidad judicial en esta esfera, sino en fortalecer y modernizar los mecanismos nacionales y regionales de protección de derechos humanos.

En adición a lo anterior, se debe poner de manifiesto que los mecanismos de exigibilidad en sentido estricto con los que cuenta el deber de progresividad en la esfera internacional, son importantes en la medida que sirven de brújula a los Estados para indicarles las medidas que deben implementar para cumplir con sus obligaciones internacionales y para proteger a las personas en su territorio, piénsese por ejemplo en el

⁴⁰⁴ Se puede citar el ejemplo de Colombia, en el que existen mecanismos como la acción de cumplimiento (Art. 87 Constitución Nacional), regulada por la Ley 393 de 1997, y que faculta a las personas a exigir judicialmente el cumplimiento de una ley o acto administrativo, y como las acciones populares (Art. 88 Constitución Nacional), regulada por la Ley 472 de 1998 para la protección de intereses y derechos colectivos, y los de grupo o de un número plural de personas

efecto de las Observaciones Generales y las recomendaciones a raíz de los informes de país del Comité Desc, pero se debe reconocer que son mecanismos débiles, pues no cuentan con mecanismos de sanción que los refuercen. Por esta razón se les clasificó únicamente como garantías institucionales, sin poderseles catalogar como garantías secundarias, pues pese a su fuerza jurídica (que reposa en el principio de buena fe de los Estados) *no cuentan con dientes*.

En cuanto a la prohibición de regresividad, se encontró que se trata de una garantía primaria, que a diferencia del deber de progresividad, sí cuenta con la posibilidad de ser exigible judicialmente, sí se asume un enfoque más amplio de lo que las cortes pueden, y deben, hacer para proteger los derechos sociales. Pero la asunción de este enfoque exige también asumir el respeto a la democracia, pues no es aceptable que los tribunales reemplacen a los órganos políticos. Los tribunales deberán ser muy cuidadosos al analizar la razonabilidad de las medidas regresivas y al seleccionar los remedios judiciales apropiados, pero es indudable que se requiere que la judicatura se modernice, y además no se politice.

Se demostró a lo largo del presente trabajo que no es cierta la imposibilidad de justiciar los derechos sociales, pues existen tanto facetas de estos derechos que son exigibles judicialmente de manera inmediata, como posibilidades de controlar la legalidad y constitucionalidad de otros aspectos. En lo que aquí interesa, se resalta que las medidas legislativas y las políticas públicas **sí** son pasibles de revisión judicial, con las limitaciones puestas de manifiesto.

Se indicó adicionalmente, que para medir objetivamente el nivel de progreso en materia de derechos sociales en un Estado se está implementando la metodología de indicadores de derechos humanos, y si bien no constituye *per se* una garantía secundaria, sí es un mecanismo político de rendición de cuentas que redundará en el buen funcionamiento de las garantías sociales, especialmente las que se dan en el marco institucional, y junto con los informes de situación de país en materia de derechos humanos, y otras fuentes de información (recomendaciones del Comité Desc, informes de país de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos –relatores

especiales, grupos de trabajo, etc.,-) constituyen una fuente invaluable de información y rendición de cuentas, que observada continuamente puede arrojar información relevante sobre la regresividad o progresividad de un Estado.

Pero no se deben perder de vista las dificultades del sistema universal de protección de derechos humanos, pues es excesivamente burocrático e impone a los Estados la presentación de gran cantidad de informes, fuera de los que debe presentar al sistema regional y comunitario a los que pertenezca. Adicionalmente, la acción de los órganos responsables puede resultar insuficiente, en la medida que no cuentan con suficiente información técnica sobre los Estados evaluados y su capacidad operativa se encuentra a punto del desbordamiento.

Por último, solo resta indicar que el buen uso de técnicas como las analizadas en el presente trabajo, permitirán a futuro detectar medidas regresivas inaceptables, en la medida que aunque a primera vista sean razonables, en realidad hagan parte de un recorte sistemático de derechos sociales, algo así como una regresividad imperceptible, al mejor estilo "método salchichón de negociación". Este método consiste básicamente en no solicitar una porción grande de una vez, pues ello asustaría a la contraparte, sino en pedir rodajas delgadas; pero cuando se observa en retrospectiva, la mitad del salchichón ha desaparecido.

CONCLUSIONES GENERALES

1. Existen varios modelos de fundamentación de los derechos, por lo que no hay una única fundamentación absoluta, atemporal y general que explique de manera satisfactoria todos y cada uno de los aspectos relacionados con el por qué se introducen derechos fundamentales para la protección de las personas. Sin embargo, existirán modelos más o menos racionales, que permitirán explicar la existencia de estas instituciones, y rebatir posturas ideológicas irracionales que pretendan dar pasos atrás en la evolución del pensamiento jurídico y social, y posiciones que exacerben un tipo de fundamentación, con lo que anularán la protección de otros derechos. No es una tarea fácil, pero al menos la academia debe tener una postura clara al respecto, pues su influencia en la vida social y en los movimientos reivindicatorios es clave.

2. La interrelación existente entre los valores que fundamentan los derechos fundamentales, y consecuentemente los derechos sociales, puede encontrarse la dignidad humana, pues se trata del valor en el que reposa la explicación de por qué existen el Derecho y el Estado mismo, pues lo realmente importante es que las instituciones sirvan a las personas y las protejan, no al revés.

3. Los derechos sociales son verdaderos derechos fundamentales, pues son pretensiones morales que han sido juridificadas y han sido establecidos para proteger a las personas y permitirles desarrollar sus proyectos de vida.

4. Las posturas que niegan la interdependencia, interrelación, indivisibilidad y universalidad de los derechos fundamentales deben desmontarse, pues en última instancia reposan sobre la negación de la igual dignidad que tienen todas las personas, ya que admitir que solo los derechos civiles y políticos son verdaderos derechos, mientras que los derechos sociales son solo lineamientos de acción es permitir que el Derecho, que debería ser imparcial, se permee por líneas de pensamiento que no se conducen de la sumisión de un ser humano en la miseria, y transformen la situación discursivamente, indicando que se trata de un fallo mínimo del sistema económico, o se debe a la falta de esfuerzo individual de esa persona, sin mayores consideraciones adicionales.

5. El modelo teórico dicta que el Estado debe proteger a todas las personas que se encuentran en su territorio, y debe igualar sus condiciones para conseguir una convivencia armónica. Por ello debe limitar las acumulaciones de poder y ser una herramienta para la consecución de los planes de vida (lícitos) de las personas; y aunque en la actualidad existe una crisis generalizada de este modelo, no se deben perder de vista los objetivos del Estado, y se debe denunciar esta situación.

6. Esta crisis del Estado ha traído como consecuencia una crisis en los espacios de participación popular en el terreno político, por ello, no resulta extraño que las personas hayan trasladado esta contienda al terreno jurisdiccional, que si bien no debería ser el cauce natural del debate democrático, ha demostrado que puede ser un espacio de expresión de las demandas sociales.

7. Cobra entonces relevancia incluir un análisis político dentro del ejercicio jurisdiccional, para identificar en qué medida es aceptable que los tribunales decidan ciertas materias que antes no conocían, en especial en cuanto a derechos sociales. Precisamente, esta forma de ejercer la jurisdicción tiene presente la interdependencia y unidad que tienen todos los derechos fundamentales, por lo que no puede argumentarse a priori, que los derechos sociales no son exigibles en sede judicial.

8. Para entender por qué los derechos sociales sí son susceptibles de control jurisdiccional, se debe tener en cuenta un argumento adicional, y es que los derechos son diferentes de las garantías, por lo que en caso de que un derecho se encuentre positivado de manera imperfecta, no debe que equivale a que el Estado queda exento de su realización, por el contrario, debe desarrollar aún más su labor legislativa. En otras palabras, la pusilanimidad estatal no equivale a no exigibilidad de los derechos fundamentales.

9. Los derechos sociales sí son exigibles tanto en sedes judiciales como en otras sedes, pues una aproximación razonada permitirá entender que no se trata de derechos de contenido únicamente prestacional, pues todos los derechos fundamentales implican prestaciones y abstenciones. Así, el Estado puede proteger muy bien también los derechos sociales cuando se abstiene, por ejemplo de realizar prácticas discriminatorias, piénsese por

ejemplo en la persecución que sufren los vendedores ambulantes – con lo que se discrimina su labor y vulnera su derecho al trabajo.

10. Se percibe la justiciabilidad de los derechos sociales con desconfianza e incredulidad, pues las condiciones institucionales no están dadas para que un proceso judicial, en las condiciones actuales, satisfaga adecuadamente los requerimientos que subyacen en el contenido de un derecho social; piénsese por ejemplo en lo ilógico que resulta que una persona en paro o desempleo acuda ante un juez solicitando un puesto de trabajo, por ello, le asiste razón a autores como Gerardo Pisarello cuando sostienen que las vías jurisdiccionales no pueden ser “ni la única ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales”⁴⁰⁵.

11. Los mecanismos internacionales de protección de derechos humanos no son un espacio adecuado de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas, por cuanto se encuentran tremendamente burocratizados y no cuentan con mecanismos de reforzamiento de las decisiones adoptadas. Sin embargo, resultan ser un espacio necesario para confrontar a los Estados, pues por una parte el escarnio público internacional termina surtiendo algún efecto positivo en el Estado renuente y por otra, estos mecanismos brindan información valiosa sobre el rumbo que deben seguir los Estados en la consecución de los derechos en su territorio.

12. Utilizando la técnica de diferenciar derechos y garantías, es posible concluir que tanto el deber de progresividad, como la prohibición de regresividad son garantías primarias, del tipo político y semi-político, por lo que en caso de ser desconocidas, serán pasibles de garantías secundarias, jurisdiccionales y semi-jurisdiccionales.

13. Existen en la actualidad esfuerzos en la escala internacional para seguir de cerca el cumplimiento de los Estados de la garantía primaria de progresividad, ello a través de mecanismos como la medición a través de indicadores de derechos y la presentación periódica de informes por parte de los Estados miembro de los diversos tratados de derechos humanos del sistema universal. Preocupa sin embargo la cantidad de reportes

⁴⁰⁵ Gerardo Pisarello, Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción, Trotta, Madrid, 2007, p. 112.

que deben presentar en la actualidad los Estados, no solo dentro del sistema universal, sino también de conformidad con las normas del sistema regional y comunitario al que pertenezca, se deben realizar ulteriores indagaciones para poder determinar el grado de afectación y la veracidad de la información presentada periódicamente a cada uno de los órganos responsables de la vigilancia de los tratados.

14. La garantía primaria de no regresividad es pasible de control jurisdiccional, por cuanto se debe evaluar la razonabilidad de las medidas y normas regresivas que se dicten, ya que estas serán admisibles en algunos casos excepcionales.

15. Al momento de analizar la razonabilidad de una medida regresiva, las cortes deben realizar un análisis que incluya una mirada histórica, pues puede que la medida en apariencia realice un recorte mínimo, pero si una vez revisada la evidencia se llega a la conclusión de que se trata de una práctica sistemática para desmontar un derecho, las cortes deberían declarar inmediatamente su invalidez.

16. Cobra importancia a nivel nacional la labor que emprenden los tribunales constitucionales, pues dar curso a demandas de exigibilidad de derechos sociales, y realizar controles de inconstitucionalidad por omisión, ha supuesto una presión adicional al poder legislativo y al ejecutivo para que realicen sus funciones. Este mecanismo genera una fuerte resistencia de parte precisamente de los poderes legislativo y ejecutivo, y en gran parte de la academia, pues se considera una injerencia indebida en la labor de estas ramas del poder público, y consecuentemente, la ruptura al principio de legalidad y división de poderes. Sin embargo, si se le analiza con detalle, tales alegaciones son superfluas en la medida que los jueces no hagan cosa diferente a cumplir su labor de garantía, pues están recordando a los otros dos poderes públicos que no son absolutos y que no pueden ser indolentes con las personas.

Cuestión diferente sería que los jueces suplantarán por completo a los otros dos poderes⁴⁰⁶, dictando sentencias sin consultar a los afectados y a los organismos encargados

⁴⁰⁶ Este es un asunto no resuelto aún en países como Portugal, Brasil y Ecuador, países cuya Constitución permite un control jurisdiccional sobre la inconstitucionalidad por omisión de legislación. En el caso del último de estos países, la Constitución, Art. 436. 10, y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Arts. 128 a 130, disponen la facultad a la Corte Constitucional, de emitir, con efectos

de crear las normas jurídicas y ejecutarlas. Ya existe por ejemplo una considerable jurisprudencia dictada en Colombia, a través del mecanismo de sentencias bilaterales, que tienen en cuenta la disponibilidad presupuestaria y gradualidad que informan los entes de la Administración como fundamento de compromisos sostenibles y que no pongan en riesgo la estabilidad de otros derechos.

17. Existe una seria falta de adecuación institucional para dar respuesta a la realización de los derechos sociales, pues desde que fuese promulgado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1966, al menos en Latinoamérica, es muy poco lo que se ha hecho por ajustar las instituciones políticas y el debate democrático, pues ni siquiera se les ha llenado de contenido en la mayoría de casos, de ahí que se tenga que acudir a instituciones supranacionales para intentar encontrar luces sobre lo que debe proteger un derecho, pero a la vez se acusa a estos intentos de antidemocráticos e incompletos. Vale la pena resaltar lo dicho por Henry Shue⁴⁰⁷ al respecto: él sostiene que este fenómeno se denomina la (perversa) “excusa de las instituciones inadecuadas”, pues la ausencia de medios para realizar una meta es usada como excusa para no cumplirla, pues si se tomase la meta realmente con seriedad, ya se estaría trabajando en la creación de los puentes necesarios para llegar desde aquí.

Él utiliza un ejemplo⁴⁰⁸ que viene muy bien a la cuestión; narra cómo los habitantes de una frontera agreste y sin ley dicen: ¡Hala! Sería agradable tener un alguacil con la autoridad de formar un grupo para defendernos de los forajidos, pero como no tenemos ninguna institución de la ley y el orden aquí, creo que lo mejor será dejar que cada uno pelee por sí mismo.”

temporales, la norma omitida. En la práctica la entidad ha sido cauta y no emitido sentencias en dicho sentido, sino otorgando plazos que aún una vez concluidos, no permiten abrogar al Legislativo el poder de dictar o abolir leyes (Sentencia Interpretativa N° 0001-09-SIC-CC).

⁴⁰⁷ Henry Shue, *“The interdependence of Duties”*, en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Op. Cit., p. 94.

⁴⁰⁸ Íd., p. 93. Traducción libre de la autora

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Bomarzo, Madrid, 2006.

Alexy, Robert, "Derechos Sociales Fundamentales" en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000.

Alston, Philip; Goodman, Ryan y Steiner, Henry J., *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, New York, 2007.

Ansuátegui, Francisco Javier *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº2, Dykinson, Madrid, 1997.

Ansuátegui, Francisco Javier, "Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales", en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales* Nº 158, España, 2000.

Ansuátegui, Francisco Javier, "Ordenamiento jurídico y derechos humanos" en, J.J. Tamayo, Dir., *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Verbo Divino, Estella, 2005.

Ansuátegui, Francisco Javier, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", en Universidad Externado de Colombia, *Revista Derecho del Estado*, Nº 24, Bogotá, 2010.

Ansuátegui, Francisco Javier, "Diritti fondamentali e dignità umana", en *Riviste Ragion Pratica* Nº 38, Giugno, Università di Genova, 2012.

Añón, María José y Lucas, Javier de, "Necesidades, razones, derechos", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 7, 1990

Asís, Rafael de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 17, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2001

Asís, Rafael de, "Un apunte sobre la interpretación de los derechos sociales", en Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, ed., *Papeles el tiempo de los derechos*, Nº 2, 2009, <http://e->

archivo.uc3m.es/handle/10016/6489 (17-10-2011)

Arango, Rodolfo, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", en *Revista Derecho Público N° 12*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.

Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.

Arango, Rodolfo, "La prohibición de retroceso en Colombia", en Courtis, Christian (Comp.), *Ni un Paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Arango, Rodolfo, "Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, et. al. (Coor.), *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

Barranco, María del Carmen, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009.

Berraondo, Mikel y Martínez, Asier, *La integración del enfoque basado en derechos humanos en las prácticas cotidianas. Repensar hoy y hablar del mañana*, IPES Elkartea, Pamplona, 2011.

Bobbio, Norberto, "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, trad. de R. de Asís, Sistema, Madrid 1991.

Bolívar, Ligia, "Derechos Económicos Sociales y Culturales: Derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, IIDH, San José, Costa Rica, 1996, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/diversidades/docs/div_docpublicaciones/derechos%20economicos,%20sociales%20y%20culturales.pdf (01-02-2010)

Carbonell, Miguel, *La libertad, dilemas, retos y tensiones*, UNAM, México, 2008.

Centro de Estudios Legales y Sociales, *La lucha por el Derecho*, Siglo Veintiuno, Argentina, 2008.

Cohen, Gerald Allan, *Self-Ownership, Freedom, and Equality*, Cambridge University

Press, New York, 1995.

Coomans, Fons, "Economic, Social and Cultural Rights", en *Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) Special*, N° 16, Universidad de Utrecht, 1995, en <http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departementrechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/studieeninformatiecentrummensenrechten/publicaties/Pages/default.aspx> (23-VII-2012).

Cortés, Johanna, et al., "La naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en *Revista Estudios Socio-Jurídicos Vol. 9 N° 2*, Abril 2007 (número especial), Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

Courtis, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios" en Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Courtis, Christian, *Derechos sociales, ambientales y relaciones entre particulares*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2007.

Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, Fontamara, México, 2009.

Díaz, Elías, "Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 125, Madrid, 1995, p. 5-23.

Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1998.

Eide, Asbjorn, *The New International Economic Order and the Promotion of Human Rights. Report on the right to adequate food as a human right*, Report N° E/CN.4/Sub.2/1987/23, United Nations, 1987.

Espejo Yaksic, Nicolás, "Derechos sociales, republicanismo y Estado de Derecho: un modelo de justiciabilidad", en Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.

Estermann, Josef, *Filosofía Andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Ecuador, 1998.

Fernández García, Eusebio, "Hacia un concepto restringido de Estado de derecho" en: *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, N° 138, Madrid, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

Ferrajoli, Luigi, "Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho", en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* N° 20, 1997.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales: debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Trotta, Madrid, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del Derecho y la Democracia*, Vols. 1 y 2, Trotta, Madrid, 2011.

Fernández de Casadevante Romani, Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Dilex, Madrid, 2007.

García Manrique, Ricardo, "Los enemigos ocultos de los derechos sociales. Cinco creencias erróneas sobre los derechos humanos", en: *Cuadernos Electrónicos de Derechos Humanos y Democracia*, N° 5, 2009.

García Cívico, Jesús, "¿Qué es un indicador de derechos humanos y cómo se utiliza?", en *Derechos y Libertades*, N° 24. Época II, IDHBC, UC3M, Dykinson, Madrid, 2011.

Gargarella, Roberto, "Primeros apuntes para una teoría sobre los derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales e individuales?", en *Jueces para la Democracia*, N° 31, marzo de 1998.

Garzón Valdés, Ernesto, "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", en Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, UNAM, México, 2008.

Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, Fontamara, México, 2001.

Herranz Castillo, Rafael, "Notas sobre el contenido del derecho al trabajo como derecho fundamental", en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IX, N° 13, 2004, p. 15-66.

Hohnerlein, Eva-Maria, "Sistema de indicadores y mecanismos de vigilancia en la Unión Europea", en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (Comp.), *La medición de derechos en las políticas públicas*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

Hottois, Gilbert, "Dignidad humana y bioética. Un enfoque filosófico crítico", en *Revista Colombiana de Bioética*, Vol. 4, Universidad del Bosque, Bogotá, 2009. En: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=189214316003> (11-06-2012).

Hoof, G.J.H. van, "The legal nature of economic, social and cultural Rights: a rebuttal of some traditional views", en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.

Kant Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, versión de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS, en <http://www.bioetica.org/umsa/produccion/kant.pdf> (11-06-2012).

Kratochvíl, Jan, "Realizing a Promise: A Case for Ratification of the Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en Washington College of Law, American University, *Human Rights Brief*, Vol. 16 Issue 3 Spring 2009.

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 4, 1987.

Lovera, Domingo, "Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes", Arcidiácono, Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.

Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la presentación de casos*, Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights, Yale Law School y Centro de Derechos Económicos y Sociales (CDES), Quito, 2003.

Mira González, Clara María y Rojas Betancur, Milton Andrés, "La protección de los

derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en *Opinión Jurídica*, Vol. 9, Nº 18, 2010, Universidad de Medellín, Colombia.

Nino, Carlos Santiago, "Autonomía y Necesidades Básicas", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 7, 1990

Nino, Carlos Santiago, "Sobre los derechos sociales", en Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró, Rodolfo Vázquez, Comp., *Derechos Sociales y Derechos de las Minorías*, UNAM, México, 2000.

Olivas Díaz, Amaya, "El papel de los jueces en la garantía de los derechos sociales", en Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1999.

Peces-Barba, Gregorio, "Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto", en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año III, Nº 16, 1998.

Peces-Barba, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Cuadernos Bartolomé de las Casas Nº 26, Dykinson, Madrid 2003.

Pelè, Antonio, "Una aproximación al concepto de dignidad humana", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* Nº 1, IDHBC, UC3M, 2004, p. 9 – 13, en: http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf (11-06-2012).

Pérez Luño, Antonio, "La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 14, enero 2006.

Pisarello, Gerardo, "Por un concepto exigente de Estado de derecho (a propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Nº 144, Madrid, 1998, p. 97-106.

Pisarello, Gerardo (ed.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.

Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una*

reconstrucción, Trotta, Madrid, 2007.

Pisarello, Gerardo, "Derechos Sociales y sus Garantías: Notas para una Mirada 'Desde Abajo'", en Courtis, Christian y Ávila, Ramiro, *La Protección Judicial de los Derechos Sociales*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2009.

Pisarello, Gerardo (ed.); García Morales, Aniza y Olivas Díaz, Amaya, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Bomarzo, Albacete, 2009.

Ramiro Avilés, Miguel Ángel, "*Teoría política de los derechos humanos*", s.f.

Rey Pérez, José Luis, "La naturaleza de los derechos sociales", en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Nº 16, época II, enero 2007.

Ribotta, Silvina, "Igualdad de qué" en *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, Madrid, 2010.

Ribotta, Silvina, "Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?", en Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Dykinson, Madrid, 2010.

Rodríguez Palop, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos: origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2010.

Rodríguez-Toubes Muñiz, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

Schutter, Olivier De, *Human Rights Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2010.

Sen, Amartya, "¿Igualdad de qué?", en McMurrin, S. (ed.), *Libertad, Igualdad y Derecho. Las Conferencias Tanner sobre Filosofía Moral*, trad. de G Valverde Gefaell, Ariel, Barcelona, 1988.

Silva Portero, Carolina, "Las garantías de los derechos ¿invención o reconstrucción?", en Ávila, Ramiro (Comp.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008.

Shue, Henry, "*The interdependence of Duties*", en Alston, Philip y Tomasevski, Katarina, *The right to food*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1984.

Soriano, Ramón, *Por una renta básica universal. Un mínimo para todos*, España,

Almuzara, 2012.

Tugendhat, Ernst, *Ser, Verdad, Acción. Ensayos Filosóficos*, Gedisa, Barcelona, 1998.

Uprimny, Rodrigo, *Algunas reflexiones sobre la responsabilidad por la violación de los derechos humanos en la Constitución*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, s.f.

Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana, *¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana*,

Junio de 2006, Bogotá, en:

http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=derechos_sociales&publicacion=180 (14-06-2011).

Uprimny, Rodrigo y Rodríguez, César, "Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia", en Arcidiácono Pilar; Espejo Yaksic, Nicolás; Rodríguez, César (Eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Editorial Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, UDP, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bogotá, 2010.

Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid, Trotta, 2006.

Otros documentos

Comité de derechos económicos sociales y culturales de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General N° 3, 1990.

Organización de los Estados Americanos, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-O/05) de 2005.

Organización de los Estados Americanos, documento OEA/Ser.L/V/II.132 'Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales' de 2008.

Organización de las Naciones Unidas, *Colección de Tratados, Estado de Ratificaciones del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en (26-06-2012)

Organización de las Naciones Unidas, *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2008)*, Resolución A/RES/63/117, en <http://www.un.org/Docs/journal/asp/ws.asp?m=A/RES/63/117> (23-10-2011)

Principios de Limburgo y Directrices de Maastricht, en [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459ba3c125699700510241/\\$FILE/G0044707.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/c12563e7005d936d4125611e00445ea9/ed4316d20459ba3c125699700510241/$FILE/G0044707.pdf) (21-08-2012)



Sistema de las Naciones Unidas

Órganos principales

Asamblea General

Consejo de Seguridad

Consejo Económico y Social

Secretaría

Corte Internacional de Justicia

Consejo de Administración Fiduciaria⁴

Órganos subsidiarios

Comités principales y otros comités del período de sesiones
Comisión de Desarme
Comisión de Derecho Internacional
Consejo de Derechos Humanos
Comités permanentes y órganos especiales

Órganos subsidiarios

Comité de Estado Mayor
Comités contra el terrorismo
Comités de sanciones (*ad hoc*)
Comités permanentes y órganos especiales

Programas y fondos

ACNUR Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ONU-Hábitat Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos
ONU-Mujeres Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad entre los Géneros y el Empoderamiento de la Mujer
OOPS¹ Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente
PMA Programa Mundial de Alimentos
PNUD Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo

- FNUDC** Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Capitalización
- VNU** Voluntarios de las Naciones Unidas

PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

- CCI** Centro de Comercio Internacional (UNCTAD/OMC)

UNFPA Fondo de Población de las Naciones Unidas
UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Institutos de investigación y capacitación

UNICRI Instituto Interregional para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia
UNIDIR¹ Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme
UNITAR Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones

UNRISD Instituto de las Naciones Unidas de Investigación para el Desarrollo Social
UNSSC Escuela Superior del Personal de las Naciones Unidas
UNU Universidad de las Naciones Unidas

Otros órganos

ONUSIDA Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA
UNISDR Estrategia Internacional para la Reducción de los Desastres
UNOPS Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos

Órganos conexos

CTBTO-Comisión Preparatoria Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de prohibición completa de los ensayos nucleares
OIEA² Organismo Internacional de Energía Atómica
OMC Organización Mundial del Comercio
OPCW Organización para la Prohibición de las Armas Químicas

Organismos especializados³

OIT Organización Internacional del Trabajo
FAO Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
UNESCO Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
OMS Organización Mundial de la Salud
Grupo del Banco Mundial

- BIRF** Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
- AIF** Asociación Internacional de Fomento
- CFI** Corporación Financiera Internacional
- OMGI** Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
- CIADI** Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

FMI Fondo Monetario Internacional
OACI Organización de Aviación Civil Internacional
OMI Organización Marítima Internacional
UIT Unión Internacional de Telecomunicaciones
UPU Unión Postal Universal
OMM Organización Meteorológica Mundial
OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
FIDA Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
ONUDI Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OMT Organización Mundial del Turismo

Comisiones orgánicas

Ciencia y Tecnología para el Desarrollo
Condición Jurídica y Social de la Mujer
Desarrollo Social
Desarrollo Sostenible
Estadística
Estupefacientes
Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques
Población y Desarrollo
Prevención del Delito y Justicia Penal

Comisiones regionales

CEE Comisión Económica para Europa
CEPA Comisión Económica para África
CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CESPAO Comisión Económica y Social para Asia Occidental
CESPAP Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico

Otros órganos

Comité de Expertos en Administración Pública
Comité de Políticas de Desarrollo
Comité encargado de las organizaciones no gubernamentales
Comités del período de sesiones y comités permanentes y grupos de expertos, grupos especiales y conexos
Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas
Grupo de Expertos de las Naciones Unidas en Nombres Geográficos

Departamentos y Oficinas

EOSG Oficina del Secretario General
DAP Departamento de Asuntos Políticos
DESA Departamento de Asuntos Económicos y Sociales
DFS Departamento de Apoyo a las Actividades sobre el Terreno
DG Departamento de Gestión
DGACM Departamento de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias
DIP Departamento de Información Pública

DPKO Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz
DSS Departamento de Seguridad
OACDH Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos
OCAH Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios
OLA Oficina de Asuntos Jurídicos
ONUG Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra
ONUN Oficina de las Naciones Unidas en Nairobi

ONUV Oficina de las Naciones Unidas en Viena
OSAA Oficina del Asesor Especial para África
OSSI Oficina de Servicios de Supervisión Interna
SRS/CAAC Oficina del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados
UN-OHRLS Oficina del Alto Representante para los Países Menos Adelantados, los Países en Desarrollo sin Litoral y los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo
UNODA Oficina de Asuntos de Desarme

NOTAS

- ¹ El OOPS y el UNIDIR informan solo a la Asamblea General.
- ² El OIEA informa al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General.
- ³ Los organismos especializados son organizaciones autónomas que trabajan con las Naciones Unidas y entre sí a través de los mecanismos de coordinación del Consejo Económico y Social en el plano intergubernamental y a través de la Junta de los jefes ejecutivos del sistema de las Naciones Unidas para la coordinación entre secretarías. El orden de los organismos sigue la fecha en que fueron instituidos como tales por las Naciones Unidas.
- ⁴ El Consejo de Administración Fiduciaria suspendió su labor el 1º de octubre de 1994, después de que el Territorio de las Islas del Pacífico (Palau), el único Territorio en Fideicomiso, fuera independiente.

Este cartel no es un documento oficial de las Naciones Unidas ni recoge la estructura de la Organización en su totalidad.

ANEXO 2
Test escalonado de constitucionalidad

Test de constitucionalidad de medidas regresivas

	(+)
1.Existencia de medida que interfiere negativamente en el ámbito de un DESC	(+)
2.Prohibición de retroceso de los Desc aplicada vía la presunción de inconstitucionalidad	(+)
3.Se exceptúa la prohibición (desvirtuando la presunción) si se cumplen las siguientes condiciones:	(+)
3.1.Validez de las razones que justifican la medida	(+)
3.1.1.La crisis financiera invocada no existe al momento de reconocer subsidio	(+)
3.1.2.La administración no es la responsable exclusiva de la crisis	(+)
3.1.3.Los errores no son predicables del beneficiario del subsidio	
3.1.4.El despido no se basa exclusivamente en la supresión del cargo (entidad)	(+)
3.2.Suficiencia de las razones que justifican la medida	(+)
3.2.1.La medida cumple con el principio de razonabilidad:	(+)
3.2.1.1.No discrimina a persona o grupo específico	(+)
3.2.1.2.Existe una política pública para el desarrollo progresivo del derecho	(+)
3.2.1.3.La política pública se ejecuta dentro de un plazo razonable	(+)
3.2.1.4.La medida restrictiva se sustenta en un proceso decisorio racional	(+)
3.2.2.La medida cumple con el principio de proporcionalidad:	(+)
3.2.2.1.Persigue un fin imperioso	(+)
3.2.2.2.Es necesaria (inexistencia de alternativas menos lesivas)	(+)
3.2.2.3.Es estrictamente proporcional (beneficio protección > magnitud limitación)	(+)
3.3.No afectación de personas con especial protección constitucional	(+)
3.3.1.Se cumplen los deberes específicos de protección especial	(+)
3.3.2.Se adoptaron las acciones afirmativas requeridas por la condición subjetiva	(+)
3.4.La medida permite la realización efectiva del derecho	(+)
3.4.1.No hay omisión absoluta	
3.4.2.La medida permite la ampliación de la cobertura de la prestación	
3.4.3.La medida permite el aumento de la calidad de la prestación	(+)

3.5.No desconocimiento de cota mínima o inferior	(+)
3.5.1.No se desconoce contenido esencial del derecho (=no existe caso trágico)	(+)
3.5.2.Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental (=3.8.1.1)	(+)
3.5.3.El retroceso es un paso inevitable hacia la progresividad futura	
3.6.Prioridad del gasto público social sobre otras asignaciones	
3.6.1.Se respetó la prioridad del gasto público social	(+)
3.7.Evaluación sistemática e integral del impacto de la medida	
3.7.1.Evaluación sistemática de impacto no muestra violación de progresividad tributaria	(+)
3.7.2.Evaluación integral de impacto no muestra violación de progresividad tributaria	(+)
3.8.Cumplimiento de los parámetros del derecho internacional	
3.8.1.Se atendieron las normas del PIDESC	(+)
3.8.1.1.Se protegió el núcleo esencial del derecho fundamental	
3.8.1.2.Se cumplió el deber prestacional mínimo de cumplimiento inmediato	(+)
3.8.1.3.Se adoptaron las medidas hasta el máximo de los recursos disponibles	(+)
3.8.1.4.Se justificaron medidas frente a la totalidad de los derechos del Pacto	(+)
3.8.1.5.Se aplicaron las medidas tras el examen exhaustivo de las alternativas (=3.2.2.2)	(+)
3.8.2.Se atendieron los parámetros (Directivas) del Comité del PIDESC	(+)
3.9.Carga de la argumentación en cabeza de Estado	
3.9.1.Fue asumida por la autoridad pública	
3.9.2.Fue satisfecha en el grado exigido en el caso concreto	
4.Declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida objeto de control	

Fuente: Arango, Rodolfo, "La prohibición de retroceso en Colombia", en Courtis, Christian (Comp.), *Ni un Paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006. P. 168 - 169.